مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق
جامعة الاسكندرية



العدد الأول والثانى ١٩٩٣

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

مجلة مُحكّمَة تصدرها كلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

رؤســاء التحـريـر السـابقـون

أ.د. زكــى عبــد المتعــال مؤسس المجلة ١٩٤٢ - ١٩٤٥

أ.د. عبـد المعطـى الخيـال ١٩٤٥ - ١٩٤٦

أ.د. السعيد مصطفى السعيد ١٩٤٦ - ١٩٤٩

أ.د. حســن أحمـد بغـدادى ١٩٤٩ - ١٩٥٢

أ.د. حسيـــــن فهمـــــى ١٩٥٢ - ١٩٥٩

أ.د. أنــــور سلـطــــان ١٩٥٩ - ١٩٦٤

أ.د. علـى صادق آبو هيـف ١٩٦٤ - ١٩٦٦

أ.د. أحمـد شمـس الوكيــل ١٩٦٦ - ١٩٦٨

أ.د. حســن حســن كيــره ١٩٦٨ - ١٩٧١

أ.د. مصطفــى كمـال طــه ١٩٧١ - ١٩٧٤

أ.د. علـى محمـد البـارودى ١٩٧٤ - ١٩٧٧

أ.د. محســـن خليـــل ١٩٧٧ - ١٩٧٩

أ.د. تــوفـيـــق فــــرج ١٩٧٩ - ١٩٨٢

أ.د. جـلال ثــروت محمـــد ١٩٨٢ - ١٩٨٥

أ.د. جـلال علــى العــدوى ١٩٨٥ - ١٩٨٨

أ.د. مصطفـــى الجمـــال ١٩٨٨ - ١٩٩١

أ.د. محمد زكى أبو عـامر ١٩٩٢ - ١٩٩٣

محتويات العدد

مشروع قانون بتفويض الحكومة الايطالية
فى إصدار قانون عقوبات إيطالى جديد

دكتور

رمسيس بهنام

استاذ القانون الجنائى المتفرغ

فى كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

الاستاذ الفخرى للقانون الجنائى

جامعة روما

مشروع قانون بتفويض الحكومة الايطالية
في إصدار قانون عقوبات ايطالي
جديد

بعد ستين عاما من التطبيق القضائي والتفسير الفقهي لقانون العقوبات الايطالي الصادر سنة ١٩٣٠. وبالنظر الى الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية بعض نصوصه ، آن أوان النظر في تعديل هذا القانون .

ولذلك شكل وزير العدل الايطالي Vassalli سنة ١٩٨٨ لجنة من أساتذة القانون الجنائي لارساء المبادئ الارشادية التي يصدر بها قانون بفوض الحكومة في وضع قانون جنائي/جديد ملتزم لحدودها ،وفرغت هذه اللجنة من تحديد تلك المبادئ في تقرير أوضحها سواء في مجال القسم العام من القانون المرتقب أم في مجال القسم الخاص .

وأشار وزير العدل Martelli بطبع هذا التقرير في مجموعة وثائق وزارة العدل لينشر بين المختصين من ذوي الرأي حتى تتبلور وجهات النظر بشأنه . ولم يصدر بعد قانون التفويض.ونتناول فيما يلي بسط المبادئ الارشادية التي صاغها التقرير سواء في مجال القسم العام أم في مجال القسم الخاص لقانون العقوبات المقترح .

أولا : في مجال القسم العام

أوصى التقرير بالتزام المبادئ الآتية :-

١- ضرورة التزام القانون المقترح بمراعاة أحكام الدستور والقانون الدولي العام .

٢- ايضاح القيمة القانونية التي تتوخى عقوبة كل جريمة من الجرائم صيانتها وتحديد وظائف الجزاء الجنائي بحدود ليست قانونية فحسب وانما خلقية كذلك .

٣- جعل مدونة قانون العقوبات محورا للنظام الجنائي كله وبالتالي تقليص حجم القوانين الخاصة بادراج احكامها في تلك المدونة لا سيما وقد تعددت وتشعبت تلك القوانين المقررة لعقوبة على مخالفة نصوصها.

٤- ضمان تفسير يقيني موحد لنصوص القانون الجنائي بالاكثار من التفسير الرسمي أي النصوص التفسيرية والحد من الاحالة الى قوانين أخرى .

كما أوصى التقرير بتوزيع نصوص القسم العام على أربعة كتب : الكتاب الاول في القانون الجنائي والكتاب الثاني في الجريمة والكتاب الثالث في المجرم والكتاب الرابع في عواقب الجريمة .

وقد أقر التقرير الاسس التي يقوم عليها التشريع الجنائي الحالي في جملتها ، وان اقترح ادخال تعديلات خاصة عليها في تفصيلاتها .

من قبيل هذه التعديلات أنه في مجال القانون الجنائي الاصلح للمتهم في صورة تخفيف العقوبة دون الغاء لها ، ورغم أن الاصل هو أن هذا القانون يسري على الماضي دون مساس بالحكم البات السابق على صدوره ، اقترح التقرير اعمال ذلك القانون الاصلح حتى مع سبق صدور حكم بات طبقا للقانون

السابق ، وذلك حين بنى القانون الجديد على عقوبة الغرامة بينما كان القانون السابق يقرر عقوبة الحبس، أو حين ينقص القانون الجديد الحد الاقصى لعقوبة الحبس بحيث تصبح العقوبة الصادر بها الحكم البات طبقا للقانون السابق متجاوزة لهذا الحد .

واقترح التقرير كذلك عند صدور حكم بعدم دستورية قانون عدم المساس بالاحكام الجنائية الباتة الصادرة بشأن وقائع ماضية سابقة على صدور هذا الحكم .

وفيما يتعلق بالقانون الاسوأ الصادر بشأن جريمة سلوك ممتد أو جريمة حدث متعدد (أى جريمة عادة) يقترح التقرير رغم أن هذا القانون الاصل فيه أن يسرى على السلوك الممتد بعد نفاذه أو الحدث/ الواقع بعد العمل به ، عدم العمل باحكامه الابعد مضى خمسة عشر يوما على نفاذه .

هذا عن سريان القانون الجنائى الايطالى من حيث الزمان .

اما عن سريان القانون الجنائى الايطالى من حيث المكان ، فيقترح التقرير استثناءات من مبدأ الاقليمية هى سريان القانون الجنائى الايطالى على جرائم مرتكبة خارج ايطاليا بصرف النظر عن احكام قانون محل وقوعها ، وذلك فى الحالات الاتية :-

١- أن تكون الجريمة المرتكبة من جرائم العدوان على قانون الشعوب الوارد بيانها على سبيل الحصر

٢- أن تكون الجريمة من جرائم العدوان على مصالح الدولة الايطالية أو دولة من دول المجموعة الاور الوارد/ بيانها على سبيل الحصر .

٣- أن تكون جريمة من جرائم العدوان على مصالح أولية لشخص الانسان مثل الحق فى الحياة [illegible] السلامة البدنية أو الحرية الشخصية ، وقعت اضرارا بمواطن ايطالى .

٤- أن تكون الجريمة الواقعة فى الخارج مرتكبة من مواطن ايطالى حضر الى ايطاليا عقب ارتكابها أو يكون مرتكبها اجنبيا حضر بعد ارتكابها الى ايطاليا بعد أن اصاب بها مواطنا ايطاليا فى الخارج [illegible] ينص على عقابها قانون محل ارتكابها وكانت جريمة جسيمة مخلة بمصالح غير المنصوص عليها فى الفقرة السابقة

واقترح التقرير فى حالة سريان القانون الجنائى الايطالى على جريمة ارتكبت فى الخارج جعل [illegible] الدعوى الجنائية عنها متوقفا على طلب من وزير العدل وفى حالة وقوعها اضرارا بايطالى أن يتقدم هذا [illegible] الاخير بشكوى اذا كان القانون الايطالى يتطلب فى مثلها أن يتقدم المجنى عليه بشكوى .

كما اقترح التقرير تقييد رفع الدعوى الجنائية عن جريمة ارتكبت فى الخارج بقيود مردها احتمال أن يكون قد صدر من القاضى الاجنبى حكم بصدد هذه الجريمة . واقترح الاعتراف بحجية الاحكام الباتة الاجنبية على الاخص فى مجال المجموعة الاوروبية وسواء فيما يتعلق بتنفيذ العقوبات المحكوم بها أم [illegible] يتعلق بتسليم المحكوم عليهم . وفى مجال التسليم اقترح التقرير الاخذ باحكام الاتفاقية الاوروبية [illegible] بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٥٧ .

مانقدم يدخل فى مضمون الكتاب الاول من القسم/ العام الخاص بالقانون الجنائى .

أما عن الكتاب الثاني الخاص بالجريمة فقد أقر التقرير التفرقة بين الجنح والمخالفات بحسب العقوبة المقررة للجريمة أي اعتمد التقسيم الثنائي للجريمة الى جنحة ومخالفة . وتطلب التقرير في صدد الجريمة السلبية وجود التزام قانوني بالضمان على عاتق مرتكب الجريمة أي التزام بضمان عدم وقوع الحدث حتى يعتبر الاحجام عن تفاديه قائما مقام تسبيبه .

واستبعد التقرير فيما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة ما يسمى بالمسؤولية الجنائية الشيئية واستلزم اما العمد واما الاهمال وتطلب للعقاب على الجريمة أن تكون عمدية ما لم ينص القانون صراحة على عقاب الاهمال . اما عن المخالفات فقد استوى لدى التقرير في سبيل العقاب عليها أن تكون المخالفة مرتكبة عن عمد أو عن اهمال ، ما لم ينص القانون صراحة على عقوبة مخففة للمخالفة في حالة وقوعها باهمال .

واقترح التقرير قبول الاعتذار بجهل القاعدة الجنائية حين يكون هذا الجهل غير قابل لتفاديه. وأضاف التقرير شرطا جديدا من شروط مشروعية الدفاع الشرعي هو الا يكون لارادة المهدد بالخطر دخل في ايجاد هذا الخطر .

وفيما يتعلق بحالة الضرورة أخذ التقرير ضمن شروط امتناع العقاب على جريمة الضرورة باعتقاد مرتكبها بناء على اسباب معقولة أن المجني عليه فيها راض بها لو سئل عنها .

وتطلب التقرير أن تكون ظروف الجريمة مشددة كانت أم مخففة منصوصا عليها صراحة. واذا اغفل القانون النص على مدى تخفيف العقوبة وتشديدها لظرف ما من الظروف ، يتقيد التشديد أو التخفيف بقدر الثلث . وفي حالة النص على الاشغال الشاقة كعقوبة تخفف عند توافر ظروف مخففة الى الحبس من عشرين الى أربع وعشرين سنة . وعند توافر ظروف مشددة لا يجوز أن يتجاوز التشديد ثلاثين سنة . واقترح التقرير كذلك عدم مساءلة الفاعل على مقتضى الظرف المشدد اذا لم يكن قد تمثل وجوده وكان هذا غير راجع الى تقصير منه .

وأخذ التقرير بامكانية المساهمة الجنائية في الجريمة غير العمدية وامكانية الاسهام باهمال في الجريمة العمدية .

وعند وقوع جريمة غير تلك التي انصرفت اليها ارادة المساهم ، يسأل هذا الاخير عنها اذا ثبت ان وقوعها يرجع الى اهمال منه ، وفي هذه الحالة توقع عليه عقوبة هذه الجريمة منقوصة بقدر الثلث .

وفي حالة تعدد الجرائم المعاقب عليها بعقوبة من ذات النوع ، توقع العقوبة الاشد مشددة الى أربعة اضعافها على الا تتجاوز مجموع عقوبات تلك الجرائم .

وفي حالة تعدد الجرائم المعاقب عليها بعقوبات مختلفة النوع ، توقع العقوبة الاشد مضاعفة بقدر الثلث سواء أكان التعدد معنويا أم صوريا .

وفي جميع تلك الحالات تطبق العقوبة الاشد مشددة . حين تكون الجرائم المتعددة واقعة كلها

قبل أن يسلم فاعلها الاخطار بوجود حرب عنه بشأن احداها .

والكتاب الثالث المخصص للمجرم أخذ فيه التقرير بالخطورة الاجرامية ولكنه حظر افتراض وجودها

واستبعد التقرير عنصر الاسناد اذا كان مرتكب الجريمة أقل من أربع عشرة سنة أو كان عمره يزيد على ذلك

ويقل عن ثماني عشرة سنة متى كان فاقدا ملكة الادراك أو الاختيار . وكذلك اذا كان مصابا بعاهة في عقله أو

بتسمم مرضي ناشيء من الكحول أو مواد مخدرة وكانت فاقدة لديه ملكة الادراك أو الاختيار أو كان فاقدا هذه

الملكة بسبب سكر أو تخدير راجع الى حادث فجائي أو قوة قاهرة أو بأي سبب آخر . فاذا كانت ملكة الادراك أو

الاختيار عنده مصابة بنقص جسيم وغير معدومة استحق عن جريمته عقوبة منقوصة .

وفي حالة السكر أو التخدير دون فقدان ملكة الادراك أو الاختيار ، يسأل الفاعل عن جريمته المرتكبة في

هذه الحالة باعتبارها جريمة عمدية اذا كان حين أوجد نفسه في الحالة المذكورة قد انصرف الى هذه الجريمة على

الاقل قصده غير المباشر . وعن جريمة غير عمدية اذا كانت قابلة للتوقع عند الدخول في الحالة ذاتها . وفي

الغرض الاخير اذا كان القانون لا ينص على الصورة غير العمدية للجريمة يسأل عن الصورة العمدية لها مع انقاص

عقوبتها من الثلث الى النصف .

والكتاب الرابع المخصص لعواقب الجريمة ذكر التقرير فيه عقوبة الجنحة بأن تكون الاشغال الشاقة أو الحبس

من ستة شهور الى أربع وعشرين سنة أو الغرامة من خمسمائة الف ليرة الى خمسين مليونا . وأن تكون عقوبة

المخالفة شبه الحبس من شهر الى ثلاث سنوات أو الغرامة من خمسمائة الف ليرة الى عشرين مليونا . كما ذكر

التقرير أن المراد بالعقوبة المقيدة للحرية حين يجري بها تعبير القانون الحبس أو شبه الحبس . واستبعد

التقرير بصفة مطلقة جواز الجمع في الجريمة الواحدة بين العقوبة المقيدة للحرية والعقوبة المالية . وترك

للقانون أن يحدد القدر الذي ينقص من الغرامة في كل يوم من أيام تحولها الى حبس .

وبعد أن استعرض التقرير العقوبات التبعية التي يحدد القانون حالات النطق بها بالاضافة الى العقوبة

الاصلية ، اقترح أن تكون مدة العقوبة التبعية مساوية لمدة العقوبة الاصلية . كما اقترح جواز استبعاد العقوبة

التبعية اذا كان الجمع بينها وبين العقوبة الاصلية غير متناسب مع جسامة الجريمة ويعتبر تزيدا لا لزوم له في

سبيل التوقي من جرائم جديدة وكذلك جواز استبعاد العقوبة الاصلية اذا كانت العقوبة التبعية تتناسب

بمفردها مع جسامة الجريمة وكافية لمنع ارتكاب جرائم جديدة .

واقترح التقرير بشأن العقوبة المقيدة للحرية التي تقل مدتها عن ستة شهور ، وقف تنفيذها أو احلال

تدبير آخر محلها مثل الحبس المتقطع أو الاعتقال في المنزل أو الحرية تحت الاشراف أو العمل ذي المنفعة

الاجتماعية

واستبعد التقرير تقرير عقوبة مالية لجرائم العدوان على الحياة أو على السلامة البدنية أو على

الصحة أو على السلامة العامة ٠

كما اقترح التقرير الترخيص للقاضي الجنائي في حالة الحكم بالادانة ، أن يحكم بالرد أو التعويض للمجنى عليه المضرور دون حاجة الى الادعاء المدنى من جانب هذا الاخير ٠ واقترح انشاء صندوق التضامن مع المجنى عليهم وأن يستمد هذا الصندوق موارده من الغرامات المحكوم بها ومن المبالغ التي يدفعها المسؤول المدنى عن غرامة الجنحة وغرامة المخالفة ، وأن يصرف الصندوق تعويضا للمجنى عليهم المعوزين سواء في حالة عدم التوصل الى الجناة أو عدم قدرة الجاني على الوفاء بمبلغ التعويض٠

ثانيا : عن القسم الخاص

طالب التقرير بعدم تقرير العقاب على المسالك البشرية الا في الحدود التي يكون العقاب فيها لازما ورأى الابقاء على القوانين الجنائية الخاصة في صدد الامور التي يتطور فيها أسلوب مكافحة الجريمة مع التقدم في الزمان كما في صدد المخدرات اذ رؤى عدم ادراج النصوص الخاصة بمكافحتها في مدونة قانون العقوبات ٠

وقسم القسم الخاص الى كتاب أول في الجرائم المرتكبة ضد الشخص وكتاب ثان في الجرائم المرتكبة ضد العلاقات المدنية والاجتماعية والاقتصادية ، وكتاب ثالث في الجرائم الواقعة على الجماعة وكتاب رابع في الجرائم المرتكبة ضد الجمهورية ٠

فالكتاب الاول يعالج الجرائم الواقعة على الحياة والسلامة الفردية والجرائم الواقعة على السلامة النفسية والجرائم الواقعة ضد الحمل والجرائم الواقعة ضد كرامة الشخص الانساني ، وجرائم الاستعباد وجرائم الدعارة وجرائم العدوان على الذاتية الميلادية وجرائم العدوان على كرامة الامومة وجرائم الاتجار في أجزاء من الجسم البشرى الحي وجرائم العدوان على كرامة الشخص المتوفى وجرائم العدوان على الحرية الشخصية وجرائم العدوان على الحرية المعنوية وجرائم العدوان على الحرية الجنسية وجرائم العدوان على شعور الغير بالتستر الجنسي وجرائم العدوان على حرمة الحياة الخاصة وجرائم العدوان على سرية وسائل الاتصال وجرائم العدوان على حرمة الاسرار وجرائم العدوان على ملكية العمل الفكرى وجرائم العدوان على الشرف وجرائم العدوان على الصفاء الشخصي وعلى شعور الغير بالادب وجرائم العدوان على الذمة المالية والجرائم الواقعة باسهام من المجنى عليه وجرائم اخفاء الاشياء المتحصلة من جريمة ٠

والكتاب الثاني يعالج جرائم العدوان على العلاقات المدنية والاجتماعية والاقتصادية وهى الجرائم الواقعة ضد علاقة العمل والجرائم الواقعة ضد الحرية الدينية والجرائم الواقعة ضد الزواج والجرائم

الواقعة ضد التضامن الاسرى والجرائم الواقعة ضد علاقة البنوة والجرائم الواقعة ضد صلاحية المستندات للاثبات وجرائم الزيف الشخصي والجرائم المرتكبة ضد اعتقاد الغير (كما فى تزييف الاعمال الفنية) .

والكتاب الثالث يتناول الجرائم المرتكبة ضد الشعوب وجرائم العدوان على الامن الجماعى وجرائم العدوان على السلامة والصحة العامة وجرائم العدوان على البيئة وجرائم العدوان على التراث الثقافى وعلى وجرائم العدوان على المنظر العام/ النباتات وجرائم العدوان على الاقتصاد أى ضد الموارد الاقتصادية والبيئية والانتاج والسوق وجرائم العدوان على مالية الدولة وجرائم العدوان على تداول النقد وجرائم العدوان على اقتصاديات المشروع والجرائم المرتبطة بانشاء وتنظيم المشروع وجرائم العدوان على الشفافية الاقتصادية للمشروع وجرائم التفالس (ويقترح أن يكون التفالس بالتقصير مخالفة لا جنحة) وجرائم العدوان على الحيوانات وعلى الثروة الحيوانية .

والكتاب الرابع يتناول جرائم العدوان على الجمهورية وهى الجرائم المرتكبة ضد النظام الدستورى أى ضد التنظيم الديمقراطى للجمهورية وضد التشكيلات الدستورية وضد أمن الجمهورية والعلاقات الدولية وجرائم التكتل غير المشروع وجرائم العدوان على القضاء أى ضد التحريات المبدئية وضد استقامة ومصداقية وسائل الاثبات وضد ممارسة الوظائف القضائية وضد مدافعة الخصوم وضد الاحكام القضائية وضد السلطة العامة أى جرائم ذوى الصفة العامة وجرائم الافراد ضدهم .

وجاء فى احكام التطبيق والتنسيق والاحكام الانتقالية أن على القاضى الجنائى أن يسبب حكمه كلما طبق عقوبة قريبة من حدها الاقصى أو من حدها الادنى كما هو محدد فى القانون .

ولم ير النور بعد قانون تفويض الحكومة فى اصدار قانون عقوبات جديد يلتزم المبادىء الواردة فى التقرير .

رمسيس بهنام
استاذ القانون الجنائى
المتفرغ فى كلية حقوق
الاسكندرية
والاستاذ الفخرى للقانون
الجنائى بجامعة روما

Il est vrai que la pollution cause un dommage à l'environnement entourant les hommes mais sans le malice de leur causer un préjudice. C'est qu'elle résulte, d'une activité qui est, en principe, licite, telle que la cultivation des terres, la conduite des autos, l'industrie productrice des biens à consommer, l'aviation comme moyen de transport etc....

Par conséquent, il serait difficile, pour le moment, au moins, de qualifier la violation des règles se rapportant à la pollution comme un délit intentionnel.

D'autre part, il est claire qu'une telle violation est toute différente du fait d'administrer un poison à quelqu'un ou d'en jeter dans un puits. Evidemment dans ces derniers cas il s'agit d'un crime intentionnel.

Tout au plus, on arriverait avec le temps et l'expansion des savoirs, à l'attribution d'une faute consciente au violateur d'une règle administrative relative au combat de la pollution. Ça veut dire qu'on ne saurait lui attribuer le dol, mais plutôt l'insouciance.

Mais quelle serait la sanction d'une pareille insouciance?

Il serait vraiment outré d'appliquer à l'agent de la pollution la peine de l'emprisonnement ou de l'amende entendue dans le sens pénal.

C'est que la sanction qui convient à son encontre est une forte amende administrative.

Déjà aux Etats Unis, on applique aux violateurs des règles sur l'eau "Clean Water Act", des amendes appelées civil fines; c'est-à-dire des amendes civiles qui sont, chez nous administratives, puisque le droit administratif se confond aux Etats-Unis avec le droit civil, et il n'y a pas chez eux, la juridiction administrative.

selon moi, et pour profiter des garanties de la juridiction pénale, on peut confier l'application de l'amende administrative à une section administrative de cette juridiction.

Et on peut, dans les cas graves, appliquer la sanction de retirer le permis d'exercice, comme dans le cas de récidive simple ou réitérée.

Il y a toujours la possibilité que l'activité polluante soit exercée par une personne morale.

Là aussi, on applique à une telle personne la sanction administrative indiquée ci dessus.

Selon nous, il ne s'agit pas d'une amende pénale, puisque la société est incapable de commettre un délit. Societas delinquere non potest.

Enfin, je suis de l'avis de fonder une branche nouvelle du droit administratif qui est le droit disciplinaire de la généralité des citoyens, à distinguer du droit disciplinaire des fonctionnaires publics.

Enfin, le sol et les plantes sont pollués par l'usage des insecticides ou des engrais minéraux. En effet les jets de l'insecticide ou de l'engrais minéral se mêlent avec les fruits des plantes, destinés à être mangés. Les spécialistes conseillent les agriculteurs d'employer préférablement des engrais organiques et d'éviter l'usage de certaines insecticides. C'est un problème technique à trancher par les spécialistes.

Moyens de prévention

3) Dans le domaine de la pollution. il est dans le bien public de prendre les mesures préventives plutôt que les mesures répressives. Prévention vaut mieux que répression.

Il incombe à la puissance publique de tracer, avec l'aide des specialistes, le chemin à prendre par rapport à toute activité susceptible d'avoir un effet polluant.

Le moyen pratique d'imposer certaines précautions c'est de faire soumettre le permis d'exercice de l'activité à la condition d'adhérer à certaines instructions.

Par exemple, l'administration du trafic, pourrait faire dépendre la concession du permis de circulation d'un véhicule, de l'engagement à employer un certain genre de combustible.

Le Ministère de l'Agriculture peut prohiber aux agriculteurs même s'ils sont propriétaires, l'emploi de certaines insecticides ou certains engrais.

Le Ministère des services publics; peut imposer l'écoulement des eaux d'égout au désert pour le fertiliser et le transformer en terre cultivable.

Egalement, il peut prendre des mesures technologiques pour purifier ces eaux et les faire destiner à l'irrigation.

Le Ministère de la culture peut prohiber le fait de fumer les cigarettes dans les cinémas clos et le Ministère des transports peut faire de même moyennant des avertissements au moins dans certains wagons du train ou dans certains autocars.

Les Ministère de l'industrie peut soumettre l'exercice de certaines industries, lesquelles peuvent produire des pollutions, à la condition de se munir des cyclones qui permettent le captage et l'élimination des poussières industrielles.

Le Ministère de logement, peut prohiber la construction d'habitations aux alentours des aérodromes.

Moyens de répression

4) On peut se demander quoi faire avec les personnes violatrices des dites prohibitions?

Pour répondre à cette question, il faudrait d'abord dire quelques mots sur la qualification juridique d'une telle violation.

Le dommage de la pollution n'a attiré l'attention des juristes que tout récemment. Les citoyens commencent maintenant à s'en rendre compte.

En principe on peut assurer que, pour le moment, la dite violation est dépourvue de l'intention de nuire.

L'atteinte à l'environnement

par

Ramsès Behnam, professeur

de droit pénal à l'Université

d'Alexandrie et professeur agrégé à l'Université de Rome

Définition

1) L'atteinte à l'environnement provient soit du fait de la nature, soit du fait des hommes. Dans tous les deux cas, l'Etat comme organisation juridique de la société, doit s'en occuper. Elle ne saurait être une affaire des particuliers.

En cas des désastres naturels, tels que l'éruption d'un volcan, un tremblement de terre, une inondation, un typhon ou un naufrage, c'est l'Etat qui prend sur soi la charge de sécouer les citoyens, moyennant cette branche de la police qui porte le nom de "défense civile".

Il en est de même, lorsque l'atteinte à l'environnement, dite, pollution, provient des individus. Là aussi, l'Etat se charge d'éviter une telle pollution, de l'endiguer et de sanctionner la conduite humaine qui en a été la cause.

Ce sanctionnement veut dire que l'Etat adopte des mesures administratives aptes à empêcher la répétition de la pollution et à rendre responsable celui ou ceux qui ont tenu la conduite pollante.

2) Avant d'envisager les formes d'intervention étatique en cas de pollution, il convient de passer en revue les divers objets et les diverses formes de cette pollution.

L'objet de la pollution pourrait être l'air à respirer, l'eau à boire, l'eau dont on se sert pour se baigner, ou le sol produisant des fruits à manger.

Les formes de pollution, sont pour l'air l'émission d'un gas nuisible aux poumons ou à la santé, comme celui émanant des autos ou des aéronefs, ou d'une poussière nocive comme celle jaillissante d'une cimenterie.

C'est une sorte de dommage résultant du progrès technologique et représentant une sorte de coût social de ce progrès.

Quant aux rivières ou aux ruisseaux, ils sont pollués par les sédiments d'une industrie, jetés dans l'eau de la rivière ou du ruisseau, ou par le fait d'y déboucher les eaux d'égout.

Les mers sont polluées de la même façon ou par l'écoulement de pétrole provenant d'un navire pétrolier naviguant.

Il est évident que la pollution de l'eau qu'elle soit potable ou salée, nuit aux poissons aussi bien qu'aux plantes marines ou fluviales dont ils se nourrissent.

Une pollution outrée pourrait faire mourire la rivière. Le Rhin est un exemple typique d'un fleuve mort. Son eau est noircie, ses poissons n'existent plus et il sert, purement et simplement, comme moyen de transport commercial.

مدى فعالية قواعد مسئولية الناقل البحرى للبضائع فى القانون البحرى الجديد فى حماية الشاحن المصرى

دكتــــور

جلال وفاء محمدين

مدرس القانون التجارى والبحرى

كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

مقـــدمـــة

صـدر قـانون التجـارة البحـرى رقـم ٨ لسـنة ١٩٩٠، علـى أن يبـدأ العمل به ابتداء من نوفمبر من نفس العـام [١]. ولقـد جـاء هـذا القـانون، بعـد طـول انتظـار، ومعـه طموحـات كبيرة منهـا دعـم الأسـطول البحـرى المصـرى وتشـجيع الاسـتثمار البحـرى، ولعـل أهمهـا جميعـا حمايـة الشـاحنين.

فمصـر هـى بالدرجـة الأولـى مـن دول الشـاحنين إذ لا ينقـل أسطولهـا البحـرى أكـثر مـن ٨٪ مـن حجـم تجارتهـا الخارجيـة، أضـف إلـى ذلـك اعتمـادنا فـى استيراد موادنـا الغذائيـة وغيرهـا علـى أسـاطيل النقـل الأجنبيـة [٢]. فـلا غـرو إذاً والمشـرع المصـرى يسـن قانونـا حديثـا، أن تـأتى قواعـد هـذا القـانون والمتعـلقة بـالنقل البحـرى للبضـائع

---

(١) أنظر النص الكامل لقانون التجارة البحرية، القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، الجريدة الرسمية، السنة الثالثة والثلاثون – العدد ١٨ (تابع) فى ٨ شوال سنة ١٤١٠ (٣ مايو سنة ١٩٩٠). ولقد نصت المادة الأولى من قانون الإصدار على الغاء قانون التجارة البحرى الصادر فى ١٣ نوفمبر ١٨٨٣، وعلى العمل بالقانون الجديد مع مراعاة القواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة. كما نصت المادة الثالثة من قانون الإصدار على العمل بالقانون الجديد بعد ستة أشهر من تاريخ نشره.

(٢) أنظر الدكتور محمد فريد العرينى، نقل البضائع بحرا بين معاهدة سندات الشحن وقانون التجارة البحرية المصرى الجديد "دراسة فى تحديد نطاق القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠"، منشور فى دراسات فى القانون البحرى والجوى: دكتور رفعت فخرى ودكتور محمد فريد العرينى (مؤلف مشترك صادر عن الدار الجامعية – بيروت ١٩٩٢)، ٧ – ٥٤، وبصفة خاصة فى ص ٥٠. وأنظر أيضا، الدكتور هشام على صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع واتفاقيات التحكيم المتعلقة بها، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد الخامس والأربعون (١٩٨٩)، ص ص ١ – ٢٩، وبصفة خاصة فى ص ١٠.

متركزة حول فكرة جوهرية وهى حماية الشاحنين المصريين. وفى هذا الخصوص، فلقد وضع مشرعنا نصب عينيه قواعد هامبورج التى جاءت بها اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر عام ١٩٧٨، فاستوحى الكثير من أحكامها فى الباب الخاص بالنقل البحرى للبضائع (٣). وبهذا يتحقق قدر من الانسجام بين تشريعنا الوطنى، واتفاقية هامبورج والتى ستحل، بعد أن أصبحت نافذة على المستوى الدولى، محل معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤.

وإذا كان المشرع المصرى قد أخذ فى صلب القانون البحرى الجديد بالكثير من قواعد هامبورج، واستوحى نصوصها فى أغلب المواضع، فلقد تصور أن تطبيقها جنبا إلى جنب مع القانون المصرى لن يثير أى مشكلات، بدليل أنه قد نص على العمل بهذه القواعد فى نفس التاريخ الذى نص عليه لبدء العمل بالقانون الجديد (٤). ومع هذا يثور التساؤل عن ما إذا كان هناك فعلا تطابق بين قواعد هامبورج وقواعد القانون البحرى الجديد، أم أن هناك اختلافات بينهما على الرغم من استلهام مشرعنا للقواعد الأولى؟

---

(٣) أنظر فى هذا المعنى، المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٣٩.

(٤) والطريف أنه قد صدر قرار من وزير الخارجية المصرى بنشر اتفاقية هامبورج فى الجريدة الرسمية والعمل بها اعتبارا من ١٩٩٠/١١/٣، أى قبل نفاذها على المستوى الدولى، وهو نفس تاريخ العمل بالقانون البحرى الجديد.
أنظر قرار وزير الخارجية رقم ٣٥ لسنة ١٩٩١، الجريدة الرسمية العدد ١٥ – ابريل ١٩٩١.

وإذا حصل ووجدت اختلافات بينهما، فأيهما أكثر رعاية لمصالح الشاحنين المصريين؟ وأى قواعد يتعين تطبيقها فى هذه الحالة على النقل البحرى للبضائع: قواعد القانون المصرى، أم قواعد هامبورج؟ وعلى أى الأحوال، إذا كانت حماية الشاحنين المصريين هى غاية محمودة وآمال طموحة، فإلى أى مدى نجح مشرعنا المصرى فى بلوغ هذه الغاية وتحقيق هذه الآمال، حتى لا تكون هذه الحماية مجرد نصوص لا طائل منها؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات التى تكشف عن الأبعاد الفعلية والحقيقية لمدى قدرة مشرعنا الوطنى على إنجاز السياسة التشريعية التى رسمها فى القانون البحرى الجديد والتى تستهدف فى المقام الأول حماية الشاحنين، سنحاول إبراز الاختلافات الأساسية بين قواعد هامبورج ومثيلتها فى قانون التجارة البحرى فيما يخص حماية الشاحنين. على أننا لا نحاول إقامة مقارنة شاملة بين هذين النظامين القانونين، وإنما فقط إبراز مدى تفوق القانون المصرى على قواعد هامبورج من هذه الزاوية. وفى مرحلة تالية، سنحاول إيضاح أن الحماية الواسعة التى قررها القانون المصرى للشاحنين أصبحت معطلة ومكبلة، أساسا، بسبب نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى. على أنه قبل معالجة هاتين الفكرتين الجوهريتين، فإنه من المناسب إلقاء بعض الأضواء على تطور الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين.

ومن ثم يمكن تقسيم هذه الدراسة على النحو الآتى:

مطلب تمهيدي: تطور الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين.

المبحث الأول: تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج في حماية الشاحنين.

المبحث الثاني: شل فعالية قواعد القانون البحرى المصرى عن حماية الشاحنين.

مطلب تمهيدى
فى تطور الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين

١- من بروكسل إلى هامبـــــورج:

يعـد تطـور قواعـد مسئولية الناقل البحرى للبضـائع نتاجـا للصـراع المحتدم والمستمر بين المصـالح المتقابلـة للشـاحنين مـن جهـــة، وللنـاقلين من جهـة أخرى. ولأن العـقد شريعـــة المتعـاقدين، ولأن لـلإرادة سـلطانا واسعا فـى رسم شـروط التعـاقد، فلقـد ظلت الغلبـة - فـى هـذا الصـراع - ولوقت طويـل للناقلين البحريين. ذلك أنـه فـى ميزان التعــاقد نجـد أن كفـة الشـاحن علـى غير تكافؤ مـع كفـة النـاقل. والفرض أن النــاقل أقـوى مركـزا مـن الشـاحن، فهـو الأقــدر علـى إمـلاء شـروطه وفـرض البنـود التـى يرغب إفراغهـا فـى العقـــد، وبصفـــة خاصـــة مـا قـد يتعـــلق منهـا بـأجرة النقل أو بإعفائـه مـن المسئوليـــة عـن هـلاك البضـائع أو تلفهـا أو التـأخير فـى تسـليمها [٥].

ولقـد أدى تواتـر النـاقلين علـى إدراج شـروط معفيـــة مـن المسـئولية فـى سـندات الشـحن إلـى إفلاتهـم منهـا ممـا جعــل نصـوص المسئوليـة الموجـودة فـى القوانيـن الوطنيـة المختلفـة غـير ذات قيمـــة للشـاحنين، فـى

---

[٥] أنظر فى هذا المعنى، الدكتور على محمد البارودى، مبادئ القانون البحرى (١٩٨٣)، فى ص ١٤٩، وأيضا فى ص ٢٠٥. أنظر كذلك الدكتور مصطفى كمال طه، القانون البحرى (١٩٩٠)، وبصفة خاصة فى ص ٢٨١، وأيضا فى ص ص ٢٨٧ - ٢٨٨. وأنظر فى معنى مقارب الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، (١٩٨٧) فى ص ٢٢٥. انظر كذلك الدكتور على جمال الدين عوض، القانون البحرى (١٩٨٧)، وبصفة خاصة ص ص ٢٦٩ - ٢٧١.

أحيان كثيرة [٦]. ولم يحل لجوء الشاحنين إلى نظام التأمين على البضاعة، لضمان حقوقهم من خلال مبالغ التأمين في حالات هلاك البضاعة أو تلفها، المشكلة. فشركات التأمين في حلولها محل الشاحن لمطالبة الناقل كانت تصطدم هي الأخرى بشروط الإعفاء من المسئولية المنصوص عليها في سند الشحن، بما كان يجعل من الصعب عليها استرداد قيمة تعويضات التأمين التي دفعتها للشاحنين [٧].

ولقد كافح الشاحنون في الدول المختلفة في سبيل استصدار تشريعات يتم بمقتضاها ابطال شروط الاعفاء من المسئولية أو على الأقل الحد منها. على أن هذه المحاولات باءت بالفشل في أحيان كثيرة لاصطدامها بالمصالح القوية للناقلين [٨].

---

(٦) أنظر في معنى مقارب، الدكتور على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع السابق الإشارة إليه في ص ١٨١.

(٧) أنظر الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، في ص ٢٨٨؛ وأنظر كذلك الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية (الطبعة الثانية) ١٩٩١، في ص ٩٦. بل إن الدكتور سمير الشرقاوى يذكر أن من شأن شروط إعفاء التى تدرج في سند الشحن "إضعاف ضمان البنوك عند تقديم الاعتمادات المستندية للشاحنين، لأنه إذا لم يقم مستورد البضاعة بسداد قيمة الاعتماد المستندى الذى يقدمه البنك لمصدر البضاعة، كان من حق البنك أن ينفذ على البضاعة بموجب مستنداتها التى تكون تحت يده ووجود شروط الإعفاء في سندات الشحن يعطل هذا الضمان من الناحية العملية". أنظر الدكتور الشرقاوى، ذات المرجع المشار إليه، في ص ٩٦. أنظر في نفس المعنى الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المشار إليه سابقا في ص ٢٨٤.

(٨) أنظر الدكتور مصطفى طه، المرجع المشار إليه سابقا. في ص ٢٨٨. أنظر أيضا الدكتور فايز نعيم رضوان، القانون البحرى (١٩٨٦)، في ص ٢٩٣.

وأخيرا، أثمرت الجهود التى قامت بها جمعية القانون الدولى فى لاهاى عام ١٩٢١ إلى صياغة سند شحن نموذجى يقضى ببطلان شروط الإعفاء من المسئولية عن الأخطاء التجارية، مع إعفاء الناقل من الأخطاء الملاحية وبعض الحالات الأخرى (٩)، على أن قواعد لاهاى لم تكن ملزمة، حيث اقتصر أثرها على الحالة التى يتفق فيها الأطراف على الأخذ بها (١٠). وأثناء انعقاد مؤتمر بروكسل الدبلوماسى فى عام ١٩٢٢ تمت المطالبة بتبنى قواعد لاهاى فى ثوب معاهدة ملزمة للدول المصدقة عليها. وبالفعل تم التوقيع فى الخامس والعشرين من أغسطس عام ١٩٢٤ على المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، وهى ما تعرف بمعاهدة سندات الشحن (١١).

---

(٩) أنظر الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٩٧.

(١٠) أنظر الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٨٦. أنظر كذلك، الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٨٩، أنظر أيضا الدكتور فايز نعيم رضوان، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٩٤. وأنظر فى نقد قواعد لاهاى، الدكتور على عوض، القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٧١ - ٢٧٢.

(١١) أنظر فى ذلك:

Paul Todd, Modern Bills of Lading, second edition (Blackwell Law, 1990).

وبصفة خاصة فى ص ١٣٦، وما بعدها. أنظر أيضا الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٢٨٩ - ٢٩٠. أنظر كذلك الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار سابقا، فى ص ٩٨. والواقع أن معاهدة سندات الشحن قد استلهمت معظم قواعدها من قانون هارتر الأمريكى The Harter Act والذى صدر فى الولايات المتحدة فى عام ١٨٩٣، وكان يستهدف أساسا حماية الشاحنين - باعتبار أن أمريكا فى ذلك الوقت كانت من دول الشاحنين - وذلك بإبطال شروط الإعفاء من المسئولية. أنظر فى ذلك الدكتور على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٩٢ - ١٩٣. وأنظر أيضا الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٨٦. وراجع فى النص الكامل لقانون هارتر الأمريكى مؤلف: =

ولقد حققت معاهدة سندات الشحن بعض أهداف الشاحنين. فلقد أبطلت المعاهدة – بصفة عامة – شروط إعفاء للناقل من المسئولية. فيكون باطلا شرط تجهيل وزن البضاعة أو مقدارها، كما يبطل أى شرط من شأنه التخفيف من التزامات الناقل وأى شرط يهدف إلى قلب عبء الاثبات فيما يخص مسئولية الناقل. كما يبطل شرط تنازل الشاحن عن حقوقه الناشئة عن التأمين على البضاعة للناقل. وعلى أى الأحوال، فإن أى شروط أو اتفاقات من شأنها الإخلال بمركز الأطراف أو تعديل مركز الناقل فيما يتعلق بتخفيف مسئوليته يكون واجبا ابطالها [١٢].

وعلى الرغم من أن معاهدة سندات الشحن، والبروتكول المعدل لها فى عام ١٩٦٨ (قواعد وسبى) قد حققا بعض التقدم لحماية الشاحنين [١٣]، إلا أن كثيرا من الدول النامية، وهى فى الأغلب دول

= Nicholas J. Healy & David J. Sharpe, Admiralty, Cases and Materials, (1979). وبصفة خاصة فى ص ص ٤٦٩ – ٤٧١.

(١٢) أنظر الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٠٦، وما بعدها. أنظر كذلك، الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢١٦، وما بعدها، وأيضا راجع الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٠٠، وما بعدها. وراجع كذلك الدكتور الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١٣، وما بعدها. وفى أهداف معاهدة بروكسل، أنظر الدكتور على عوض، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٧٢ – ٢٧٣.

(١٣) وبالنسبة للتعديل الذى لحق معاهدة سندات الشحن بمقتضى قواعد وسبى لعام ١٩٦٨، والذى توسع فى نطاق تطبيق أحكام المعاهدة المذكورة، أنظر Paul Todd، Modern Bills of Lading، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٣٦، وما بعدها. أنظر أيضا الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ص ١٩٥ – ١٩٦.

شاحنين، قد رأت أن هذه الحماية أضحت غير كافية (١٤). بل إن البعض قد رأى أن معاهدة بروكسل ما زالت فى صف الناقلين وذلك بتقريرها العديد من أسباب الإعفاء من المسئولية (١٥).

وإزاء الحاح الدول النامية واعتراضاتها المستمرة على معاهدة بروكسل والبروتكول المعدل لها، قامت الأمم المتحدة ببعض الجهود لمحاولة جمع الشمل الدولى بين الدول الناقلة والدول الشاحنة. فعكفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى على دراسة الوضع، وبحث مدى امكانية حماية الدول البحرية النامية. فشكلت لجنة ضمت إحدى وعشرين دولة اجتمعت فى نيويورك ثم فى باريس. وأخيرا، قدم مشروع معاهدة تحكم مسئولية الناقل البحرى للبضائع. وفى مارس عام ١٩٧٨ انعقد مؤتمر فى هامبورج فى ألمانيا، حيث تمت الموافقة على تبنى "اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨"، والتى تعرف بإسم قواعد هامبورج (١٦).

---

(١٤) أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨ (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٨٦، فى ص ص ١١ – ١٢. أنظر أيضا المذكرة الايضاحية لمشروع القانون البحرى الجديد، فقرة ١٣٩. أنظر أيضا، الدكتور العرينى، نقل البضائع بحرا ... ، البحث المشار إليه سابقا فى ص ٩.

(١٥) أنظر فى هذا المعنى الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٩٧. وأنظر كذلك، المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون البحرى الجديد، فقرة ١٥٧.

(١٦) أنظر فى مراحل وتاريخ إقرار "اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام ١٩٧٨"، الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى ...، البحث المشار إليه سابقا فى ص ص ٩ – ١٣.
وجدير بالذكر أنه خلال هذه الدراسة فإننا سنستخدم اصطلاح قواعد هامبورج أو اتفاقية هامبورج كاختصار لاسم هذه الاتفاقية الجديدة.

ولقد استحدثت قواعد هامبورج نظاما لمسئولية الناقل البحرى للبضائع هو أقرب إلى حماية الشاحنين. لدرجة أن البعض قد وصف هذا النظام بأنه مؤشر "لكون الغلبة فى الصراع بين مصالح الشاحنين ومصالح الناقلين كانت فى النهاية لصالح الشاحنين" (١٧). ولقد تمثلت حماية الشاحنين فى مظاهر عديدة سنحاول إبرازها خلال هذه الدراسة.

وتقضى المادة الثلاثون من اتفاقية الأمم المتحدة بنفاذها فى اليوم الأول من الشهر التالى لانقضاء سنة واحدة من تاريخ ايداع الوثيقة العشرين من وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الإنضمام. ولقد صدقت الدولة العشرون (وهى زامبيا) على الاتفاقية فى السابع من أكتوبر سنة ١٩٩١ (١٨). وتم ايداع الوثيقة العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة. ومن ثم بدأ نفاذ الاتفاقية فى نوفمبر سنة

---

(١٧) أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى ....، البحث السابق الإشارة إليه، فى ص ٣٦. وفى النقاش المحتدم بين كل من الناقلين والشاحنين حول جدوى قواعد هامبورج، أنظر بصفة خاصة:

Douglas A. Werth, The Hamburg Rules Revisited - A Look at U.S. Options, Vol. 22, No. 1, Journal of Maritime Law and Commerce, (January, 1991) at PP. 59 - 79.

وبصفة خاصة أنظر ص ص ٦٩ – ٧٣.

(١٨) أنظر الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٩٩، هامش رقم (١). وأنظر النص الكامل لاتفاقية هامبورج باللغة العربية فى الجريدة الرسمية – السنة ٣٥ – العدد ٢٥ فى ١٧ ذى الحجة سنة ١٤١٢ (١٨ يونيو سنة ١٩٩٢). وأنظر نص هذه الاتفاقية باللغتين الانجليزية والفرنسية فى:

Droit Maritime Français, No 355 (1978) PP. 396 - 437.

١٩٩٢، وهو أول الشهر التالى لانقضاء سنة واحدة على تاريخ ايداع الوثيقة العشرين من وثائق التصديق [١٩].

على أنه وإن كانت قواعد هامبورج قد وضعت لتحل محل معاهدة سندات الشحن فإن نفاذها على المستوى الدولى لا يعنى اختفاء كل الأثر لمعاهدة سندات الشحن. بل على النقيض، فإن نفاذ قواعد هامبورج سوف يجعل المسائل أكثر تعقيدا فى نطاق النقل البحرى الدولى للبضائع. فتطبيق قواعد هامبورج سيكون منحصرا فى الدول التى صدقت على اتفاقية الأمم المتحدة وطبقا للنطاق الذى حددته المادة الثانية من الاتفاقية، وهى دول لا يزيد عددها عن عشرين، وكلها من الدول النامية [٢٠]. أما الغالبية العظمى من الدول فلا زالت أطرافا فى معاهدة سندات الشحن، وهى دول فى أكثرها من الدول الغنية الناقلة، ويثور شك كبير فى انضمامها إلى اتفاقية الأمم المتحدة، على الأقل فى المستقبل القريب [٢١]. ولذا فإن مستقبل النقل البحرى

---

(١٩) أنظر المادة ١/٢٠ من قواعد هامبورج.

(٢٠) والدول التى صدقت على الاتفاقية حتى اكتوبر ١٩٩١ هى: مصر – أوغندا – تانزانيا – تونس – بربادوس – المغرب – رومانيا – شيلى – لبنان – هنجاريا – السنغال – سيراليون – نيجيريا – بتسوانا – كينيا – ليسوتو – بوركينا فاسو – غينيا – ملاوى – وأخيرا زامبيا. أنظر التقرير المنشور فى
Comité Maritime International year book (1991 - 1992).

(٢١) والواقع أن هناك حججا كثيرة أثارها معارضو اتفاقية هامبورج فى الدول الغنية. ففى الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، فإن هناك معارضة من جهات عديدة منها غرفة التجارة والنقل، وشركات التأمين، كما أن الكونجرس الأمريكى – يتوقع – ألا يبدى أى تعاطف مع هذه الاتفاقية، إن هى قدمت إليه، على الرغم من أن الادارة الأمريكية ترى أنه على المدى البعيد فإن قواعد هامبورج تخدم المصالح الأمريكية متمثلة فى مصالح الشاحنين. أنظر مقالة Werth، بعنوان The Hamburg Rules Revisited ، والمشار اليها سابقا وبصفة خاصة فى ٧٤ – ٧٦. ولعل أهم أوجه المعارضة لقواعد هامبورج هى أنها قواعد ثورية ومتطرفة وتتجاهل العمل =

= والعرف والقواعد البحرية المستقرة، وأنها ستؤدى إلى زيادة حجم المنازعات بين الناقلين والشاحنين. ويضرب المؤلف مثالا على عدم وضوح قواعد هامبورج واتصافها بالغموض أنها تضمنت اعفاء الناقل عن الضرر أو الخسارة التى تلحق البضاعة إذا كان الضرر أو الخسارة ناشئة عن اتخاذ التدابير (المعقولة) لإنقاذ الأرواح أو الأموال فى البحر.

وفى ظل القواعد المستقرة (قواعد وسبى)، فإن مثل هذا الاعفاء موجود أيضا ولكن بدون ذكر عبارة (المعقولة)، إذ أن الناقل فى ظل هذه القواعد الأخيرة يمكن إعفاؤه من المسئولية بمجرد اتخاذه تدابير الإنقاذ، ووصف هذه التدابير بالمعقولية – فى قواعد هامبورج – من شأنه فتح باب المنازعات. انظر مقالة Werth، بعنوان ..... The Hamburg Rules Revisted، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٧٠ – ٧١. أضف إلى ذلك، أن معارضى اتفاقية هامبورج يذهبون إلى أن إعمال قواعدها سيؤدى إلى زيادة أسعار النقل، لأن مسئولية الناقل أصبحت ثقيلة حيث أن خطأه أصبح مفترضا عند هلاك البضاعة أو تلفها أو حصول تأخير فى تسليمها. وبالتالى فإن الناقل سيحاول رفع سعر أجرة الناقل لكى يتعادل مع عواقب مخاطر النقل التى سيتحملها. وهذا يؤدى بطريقة غير مباشرة إلى جعل الحماية المنشودة للشاحنين غير ذات جدوى، لأن ا لشاحن هو الذى سيتحمل الزيادة فى تكلفة النقل. أنظر مقالة Werth المشار إليها بعنوان: The Hamburg Rules Revisted، فى ص ٧٩.

وأخيرا، فإن المعترضين على الاتفاقية المذكورة يقولون أن تطبيقها سيؤدى الى زيادة فى أقساط التأمين الذى يقوم به الناقل للتأمين من مسئوليته. ثم إنه إذا كان صحيحا إن أقساط التأمين على البضاعة الذى يقوم به الشاحنون سوف تنخفض إبان تطبيق قواعد هامبورج، إلا أن فى ذلك بعض المبالغة، لأن الناقل سيقوم من جهة أخرى بزيادة اسعار النقل لكى يغطى أقساط التأمين المرتفعة التى سيقوم هو بسدادها عند التأمين من مسئوليته. أنظر فى ذلك:

Michael F. Sturley, Changing Liability Rules and Marine Insurance: Conflicting Empirical Arguments About Hague, Visby, and Hamburg in a Vacuum of Empirical Evidence, Vol. 24 No.1, Journal of Maritime Law and Commerce (January 1993), PP. 119 - 149.

وبصفة خاصة فى ص ص ١٤٢ – ١٤٣.

والطريف فى الأمر أن شركات التأمين التى تتولى التأمين على البضائع لصالح الشاحنين تعترض بشدة على قواعد هامبورج، لأن هذه الأخيرة ستؤدى إلى تراخى الشاحنين فى القيام بالتأمين على بضائعهم وذلك بالنظر الى اطمئنانهم الى الحماية الواسعة التى تمنحها لهم قواعد الاتفاقية، وهم إن قاموا بالتأمين، فإن أقساطه ولا شك سوف تنخفض بشكل ملحوظ. أنظر فى ذلك مقالة Werth، بعنوان: The Hamburg Rules .....، المشار اليها سابقا فى ص ٧٩. وأنظر بصفة خاصة فى موضوع تأثير قواعد هامبورج على التأمين:

C.W. Goldie, Effect of the Hamburg Rules on Shipowner's Liability Insurance, Journal of Maritime Law and Commerce (January 1993) at PP. 111-117.

للبضائع سيكون محصلة للتصادم المتوقع حدوثه بين مصالح الدول الشاحنة التى تأخذ بقواعد هامبورج، والدول الناقلة التى ما زالت تحرص على عدم المساس بمعاهدة سندات الشحن (٢٢).

٢ - الوضع فى مصر: ازدواجية القواعد لقانونية التى تطبق على النقل البحرى للبضائع

ظل القانون البحرى المصرى (الملغى) والصادر فى عام ١٨٨٣ يحكم النقل البحرى للبضائع فى مصر ردحا طويلا من الزمن. ولم تتعطل أحكام هذا القانون حتى بعد انضمام مصر إلى معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ وبروتوكول بروكسل (قواعد وسبى) لعام ١٩٦٨. فبينما كان القانون البحرى المصرى (الملغى) يحكم النقل البحرى الوطنى بصفة عامة والنقل البحرى الدولى الذى يخرج عن مجال المعاهدة، فإن المعاهدة، اى معاهدة سندات الشحن، كانت تسرى على النقل البحرى الدولى للبضائع بطريقة تلقائية فى حالتين هما: إذا كان سند الشحن قد صدر فى مصر، وهى طرف متعاقد فى الاتفاقية؛ أو إذا كان النقل البحرى الدولى يبدأ فى مصر (٢٣). ومن ثم

---

(٢٢) أنظر:

David C. Frederick, Political Participation and Legal Reform in the International Maritime Rulemaking process: From the Hague Rules to the Hamburg Rules, Vol. 22 No.1 Journal of Maritime Law and Commerce (January 1991) PP. 81 - 117.

وبصفة خاصة فى ص ص ١١٦ - ١١٧.

(٢٣) أنظر الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٩٠؛ الدكتور على محمد البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٩٨ - ٢٠١؛ الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

فلقد كان هناك ازدواجية فى القواعد القانونية التى تحكم النقل البحرى مما أثار فى العمل مشكلات قانونية وعملية ضخمة (٢٤). بل لقد أصبح نطاق تطبيق المعاهدة أكثر اتساعا بعد تعديلها ببروتكول عام ١٩٦٨ (٢٥)، حيث يتم تطبيقها إذا تضمن سند الشحن نصا يقضى بإخضاع النقل للمعاهدة أو لأى تشريع يأخذ بأحكامها أو يعطيها قوة النفاذ (٢٦)، وهذا ما يعرف بالشرط الجوهرى أو شرط البارامونت Paramount Clause.

---

(٢٤) أنظر الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى للبضائع فى القانون البحرى الجديد الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ (منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٩١) فى ص ص ٧ - ٨. وأنظر فى أحكام القضاء المصرى فى هذا الخصوص، حكم محكمة النقض المصرية والذى أعلنت فيه أن معاهدة بروكسل تسرى على النقل الدولى فى نطاق محدود، وخارج هذا النطاق تسرى أحكام القانون التجارى البحرى. أنظر الطعن رقم ٣٠٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ س ١٧ ص ١٠٥٠.

(٢٥) أنظر فى شروط تطبيق بروتوكول بروكسل (قواعد وسبى) لعام ١٩٦٨، الدكتور على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٩٦؛ الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٠١. وأنظر فى التعليق على أحكام محكمة النقض المصرية التى تطرقت لشروط تطبيق معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤ قبل وبعد تصديق مصر على بروتكول ١٩٦٨، مؤلف الدكتور هشام على صادق، التعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى (الدار الجامعية ١٩٨٥)، وبصفة خاصة ص ص ١٢٧ - ١٦٦.

(٢٦) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه لما كان "بروتوكول هذه المعاهدة قد خول الدول المتعاقدة الحق فى تنفيذها إما بإعطائها قوة القانون أو بإدخال أحكامها فى تشريعها الوطنى، وكان من المعلوم فقها وقضاء أن انجلترا قد أدخلت أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة ١٩٢٤ فى تشريعها الداخلى، حيث أصدرت قانون نقل البضائع بحرا لسنة ١٩٢٤ وجعلت أحكامه مطابقة لأحكام المعاهدة المذكورة التى اصبحت تشريعا نافذا فى مصر، فإن علم القاضى بمضمون هذا القانون يكون مفترضا ولا يكون ثمة محل لإلقاء عبء اثبات مضمونه على عاتق من يتمسك به". أنظر (الطعن ٩٨٣ سنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٦) منشور فى مؤلف الدكتور أحمد حسنى، ملحق قضاء النقض البحرى (منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٨٦) فى ص ص ٥٣ - ٥٥ وأنظر أيضا فى نفس المسألة الطعن ١٢٤ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/٢/١١ س ١١ ع ١ ص ١٣٧، وأيضا الطعن ٢١٤ سنة ٣٨ ق جلسة

وازدادت المشكلة تعقيدا بعد صدور القانون البحرى الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، والذى حل محل القانون البحرى القديم، إذ دخل القانون الجديد حيز النفاذ فى الثالث من نوفمبر عام ١٩٩٠. فنصوص هذا القانون الجديد والمتعلقة بالنقل البحرى للبضائع تتعارض مع معاهدة سندات الشحن تعارضا صارخا، وبصفة خاصة ما تعلق منها بمسئولية الناقل البحرى، والإعفاء منها، وتحديدها، والدعوى المتعلقة بها [٢٧]. فمصر كانت طرفا فى معاهدة سندات الشحن، وفى نفس الوقت ظهر تشريع لاحق يتعارض معها، فكيف يمكن التوفيق بين قانون يختلف فى أحكامه الآمرة اختلافا جوهريا عن أحكام قانونية أخرى تلتزم بها مصر بمقتضى معاهدة دولية، على الأقل فى المرحلة الانتقالية وقبل نفاذ اتفاقية هامبورج. ولقد انقسم الفقه بصدد هذه المسألة الى فريقين لكل منهما رأيه.

= ١٩٧٤/٦/١٣ س ٢٥ ص ١٠٤٥، أنظر فى ذلك الدكتور أحمد حسنى، المرجع السابق، ملحق قضاء النقض البحرى، فى ص ص ٥٥ - ٦٦.

(٢٧) ويلاحظ أن أهمية حل مشكلة التعارض تقتصر على المرحلة الانتقالية السابقة على نفاذ هامبورج، وقد تمتد إلى فترة خمس سنوات لاحقة أيضا إذا استعملت مصر الرخصة المقررة فى المادة ٤/٣١ من اتفاقية هامبورج، بما لا يقلل بحال من الأحوال من أهمية الآراء التى سنعرضها بصدد هذه المسألة. لأن المشكلة مازالت قائمة. وأنظر فى أهم مظاهر التعارض بين معاهدة سندات الشحن والقانون البحرى وقانون التجارة البحرية المصرى الجديد بحث الدكتور العرينى، نقل البضائع بحرا ....، البحث المشار اليه سابقا، وبصفة خاصة فى ص ص ١٠ - ١٤. وأنظر فى نطاق تطبيق قواعد النقل للبضائع وفى حل التنازع بين قانون التجارة البحرية الجديد وكل من قواعد معاهدة سندات الشحن وقواعد هامبورج مؤلف زميلنا الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه فى ص ص ٢٥ - ٣٦.

فذهب الرأى الأول [٢٨] إلى أن المشرع المصرى قد اقتصر فى القانون الجديد على إلغاء التقنين البحرى السابق، إذ أنه لم ينص على إلغاء الأحكام الواردة فى قوانين خاصة، بل إن المشرع كان حريصا على إعمال هذه القوانين الخاصة بقوله فى المادة الأولى من القانون الجديد "بأنه مع مراعاة القواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة يعمل بأحكام قانون التجارة البحرية" [٢٩] ولا شك أن الأحكام الواردة فى كل من معاهدة سندات الشحن والبروتوكول المعدل لها هى من الأحكام الخاصة فى مجال تطبيقها، وللمسائل التى تعالجها [٣٠].

ولما كانت مصر لم تنسحب بعد من معاهدة سندات الشحن وبروتكولها المعدل، فلا محل للقول بأنها أصبحت غير ملتزمة بهما لمجرد صدور تشريع داخلى تتعارض أحكامه مع أحكام هذه المعاهدة [٣١]. ولا أدل على ذلك من أنه قبل صدور القانون الجديد كان هناك تعايش بين أحكام المعاهدة والتقنين البحرى الملغى، بمعنى أنه كان لكل منهما مجال فى التطبيق. فكانت معاهدة بروكسل وبروتكولها المعدل ينطبقان على النقل البحرى الدولى، عندما تتوفر

---

(٢٨) أنظر الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع ....، البحث المشار إليه سابقا، والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى (١٩٨٩)، وبصفة خاصة ص ٣، وما بعدها.

(٢٩) أنظر المادة الأولى من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ باصدار قانون التجارة البحرية، الجريدة الرسمية العدد ١٨ سنة ١٩٩٠، والمشار إليه سابقا.

(٣٠) أنظر فى عرض وشرح وتحليل هذه الحجة، الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع ...، المشار إليه سابقا والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى، وبصفة خاصة فى ص ص ٤ – ٥.

(٣١) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق الإشارة إليه، فى ص ٣.

شروط اعمالهما، بينما كان ينحسر مجال التقنين البحرى القديم ليظل قابعا بصفة اساسية فى نطاق العلاقات البحرية الداخلية وتلك التى لا تسرى عليها المعاهدة (٣٢).

ولم يتغير هذا الوضع حتى بعد صدور القانون البحرى الجديد. صحيح أن التشريع البحرى الجديد لاحق فى صدوره على معاهدة سندات الشحن، كما أنه يتضمن أحكاما آمرة، مما قد يدعو الى القول بعدم امكانية تطبيق أحكام المعاهدةوبروتكولها المعدل نظرا لتعارضهما مع هذه القواعد الآمرة، وبصفة خاصة ما قد يتعلق منها بحماية الشاحنين.

ويرد أصحاب هذا الرأى على هاتين الحجتين من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، فإنه ليس من شأن إصدار تشريع لاحق يتضمن حكما عاما أو أحكاما عامة إلغاء الحكم الخاص الوارد فى المعاهدة النافذ فى مصر، ما لم ينص المشرع على هذا صراحة، ذلك أن الحكم العام يتقيد بالحكم الخاص فى الأمر الذى جاء التخصيص بشأنه ولو كان لاحقا (٣٣). ومن ناحية ثانية، فإن التعارض المتصور وقوعه بين نص معاهدة نافذة فى مصر وحكم آمر فى التشريع الجديد لا يجب أن يؤدى تلقائيا الى استبعاد الحكم الوارد فى المعاهدة على اساس

---

(٣٢) أنظر مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد (الاسكندرية ١٩٩٢)، فى ص ٢٣٨.

(٣٣) أنظر الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد فى مسائل نقل البضائع ....، البحث المشار اليه سابقا فى ص ٤.

مخالفته للنظام العام المصرى الداخلى، ذلك أن فقه القانون الدولى الخاص الحديث يرى أن هناك فارقا بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية فيما يتعلق بتطبيق الدفع بالنظام العام، ويتمثل ذلك فى "الدور الاستثنائى الذى تلعبه هذه الوسيلة الفنية لاستبعاد القانون الأجنبى فى مجال العلاقات الخاصة الدولية عن دورها الأصيل فى مجال القانون الداخلى كأداة لتقييد إرادة المتعاقدين بمقتضى النصوص الآمرة"(٣٤). وبعبارة وجيزة، فإن تعارض حكم من أحكام معاهدة سندات الشحن، مع حكم من الأحكام الآمرة فى القانون البحرى المصرى الجديد،كتلك مثلا المتعلقة بحماية الشاحنين، لا يؤدى الى استبعاد حكم المعاهدة على أساس مخالفة النظام العام الداخلى طالما أن هذا الحكم لا يتعارض مع مضمون النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص.

وبناء على ما تقدم، يذهب أصحاب هذا الرأى إلى امكانية حصول ازدواجية فى الأحكام القانونية التى تنطبق على النقل البحرى بمقتضى سند شحن. فمعاهدة بروكسل وبروتكولها المعدل ما زال لهما محل فى التطبيق طالما أن النقل البحرى دولى، وطالما توفرت شروط تطبيقهما الأخرى. أما القانون الجديد فيسرى على النقل البحرى الداخلى وأيضا على النقل الدولى للبضائع فى الأحوال التى لا يتوفر فيها شروط إعمال المعاهدة وبروتكولها المعدل (٣٥).

---

(٣٤) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق، فى ص ص ٤ – ٥.

(٣٥) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور هشام صادق، البحث السابق فى ص ٦. أنظر أيضا الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ...، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ٨.

ويبدو أن محكمة النقض المصرية كانت تأخذ بهذه النظرية فى ظل القانون البحرى الملغى، حيث قررت هذه المحكمة أنه "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق فى صدد النقل البحرى الدولى إلا فى نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق فى أحكام قانون التجارة البحرية السابقة عليها بما يعد نسخا لها لأن التعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لا يكون، فى حكم المادة الثانية من القانون المدنى، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال اعمالهما فيه معا، أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين الاعمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق. ولا يمنع من ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذى يقرر الحكمة من هذا الازدواج، وليس للقاضى إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه" (٣٦).

أما الرأى الثانى (٣٧)، فيفرق بين ما يطلق عليه حالات السريان التلقائى للمعاهدة من ناحية، وبين ما يعرف بحالة السريان الاتفاقى من ناحية أخرى. ويقصد بالأول "انطباق حكم القاعدة القانونية بصفة تلقائية ودون ما توقف على إرادة الأطراف، بمجرد تحقق الفرض

---

(٣٦) أنظر الطعن رقم ٣٠٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠، لسنة ١٧ ص ١٠٥٠.
(٣٧) أنظر فى هذا الرأى، استاذنا الدكتور محمد فريد العرينى فى بحثه، نقل البضائع بحرا ....، المشار اليه سابقا.

الذى وضع لمواجهته" (٣٨). ومن ثم تسرى المعاهدة بصفة تلقائية فى حالة النقل الدولى، أى بين ميناءين فى دولتين مختلفتين، وذلك عند صدور سند الشحن فى دولة طرف متعاقد فى المعاهدة؛ أو عند وقوع نقطة القيام فى النقل البحرى الدولى فى ميناء دولة طرف فى المعاهدة. أما النوع الثانى من سريان المعاهدة، أى السريان الاتفاقى، فمعناه أن المشرع الدولى قد "فتح السبيل أمام المعاهدة، بعد تعديلها، لتنطبق أحكامها، بطريق مباشر أو غير مباشر، على النقل البحرى الدولى الذى يفلت من نطاق سريانها التلقائى" (٣٩). ذلك أن المادة العاشرة من المعاهدة فقرة (جـ) بعد تعديلها ببروتكول عام ١٩٦٨ تقضى بتطبيق المعاهدة إذا تضمن سند الشحن نصا بذلك، أو إذا تضمن السند الاتفاق على تطبيق أى تشريع يأخذ بقواعد المعاهدة أو يعطيها قوة النفاذ على عقد النقل. "وعليه فان تطبيق المعاهدة، عند وجود نص فى سند الشحن باخضاع النقل لحكمها، لا يدخل فى معنى السريان التلقائى بالمفهوم السابق بيانه، لأن هذه المعاهدة لم توضع أصلا لحكم النقل البحرى الذى لا يغطيه الفرضان المبينان فى البندين (أ) و(ب) من المادة العاشرة السالف الإشارة إليها، بدليل أنها علقت سريانها على إرادة أطراف سند الشحن. وطالما أن الأمر كذلك، فالسريان هنا يكون اتفاقيا، وليس، كما يعتقد البعض، على وجه تلقائى" (٤٠).

(٣٨) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق، فى ص ١٨.
(٣٩) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق، فى ص ٢١.
(٤٠) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق، فى ص ٢٢.

وبناء على التفرقة بين نوعى السريان التلقائى والاتفاقى للمعاهدة يذهب هذا الاتجاه الفقهى إلى أنه وإن كان من الممكن تغليب أحكام المعاهدة، أى معاهدة سندات الشحن، على أحكام القانون البحرى الجديد فى حالات السريان التلقائى، فإنه على العكس من ذلك يتعين استبعاد أحكام المعاهدة وبروتكولها المعدل فى حالة السريان الاتفاقى وذلك لصالح القانون البحرى الجديد (٤١). فمن ناحية أولى، لا تنطبق قواعد القانون البحرى الجديد فى الأحوال التى يتعين فيها سريان المعاهدة بطريقة تلقائية، وذلك "لانفراد هذه الحالات بحكم خاص يقيد الحكم العام الذى تضمنه ذلك القانون" (٤٢). صحيح أن للمعاهدات فى مصر نفس مكانة القوانين الداخلية، وبنفس القوة الممنوحة لهذه الأخيرة، وأنه كان من المتعين عند حدوث تعارض بين أحكام المعاهدة والقانون الوطنى أن يحصل رفع هذا التعارض وفقا لقاعدة أن اللاحق، أى القانون البحرى الجديد، ينسخ الحكم السابق، أى أحكام معاهدة سندات الشحن، إلا أنه لما "كان للمعاهدة صفة الخصوصية"، فإنه يتعين تطبيقها على هذه الحالات الخاصة التى تنظمها، ولا سيما أن التشريع البحرى المصرى له صفة العمومية (٤٣). أضف إلى ذلك أنه "لا يجوز افتراض انصراف نية المشرع الوطنى إلى مخالفة التزاماته الدولية السابقة إلا إذا أعلن رغبته فى ذلك صراحة" (٤٤). وهو ما لم يحدث. ومن ناحية ثانية، فإنه يتعين استبعاد أحكام

(٤١) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق، فى ص ص ٣٥ - ٣٩ وبصفة خاصة فى ص ٣٩.
(٤٢) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق فى ص ٣٩.
(٤٣) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق فى ص ص ٣٦ - ٣٧.
(٤٤) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق الاشارة إليه، فى ص ٣٧.

المعاهدة، فى غير حالات سريانها التلقائى، وذلك عندما يتضمن سند الشحن نصا اتفاقيا يقضى بحسب بروتكول ١٩٦٨ بتطبيق أحكام معاهدة سندات الشحن. وأساس استبعاد أحكام المعاهدة فى هذا الفرض يكون بناء على "الدور الوقائى" الذى يتعين على فكرة النظام أن تلعبه فى هذا الخصوص (٤٥). ذلك أن القانون البحرى الجديد يعتبر من طائفة القوانين ذات التطبيق المباشر، إذ أنه يستهدف انجاح السياسة الاقتصادية للدولة فى قطاع هام من قطاعات الاقتصاد، ألا وهو قطاع النقل البحرى (٤٦). أضف إلى ذلك أن المشرع لم يكتف بالتأكيد على الطابع الآمر لقواعد هذا القانون لتعلقها بالنظام العام، بل حرص أيضا فى بعض المواضع على تعطيل عمل أى قاعدة اسناد تربط العقد بقانون معين، بقطع النظر عن مصدر هذه القاعدة، وسواء كان مصدرها تشريعا داخليا أجنبيا، أو معاهدة دولية، ولا سيما أن الغرض الاساسى من القانون البحرى الجديد هو حماية الشاحنين المصريين (٤٧).

ولنا على هذين الرأيين الملاحظات الآتية:

أولا: أن هناك قدرا من الاتفاق بين الرأيين، وذلك بضرورة سريان أحكام معاهدة سندات الشحن، على الرغم من نفاذ القانون

---

(٤٥) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق الاشارة إليه، فى ص ٤٦، وما بعدها.

(٤٦) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق الاشارة إليه فى ص ٤٦ – ٤٨. وأنظر فى نفس المعنى، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى ....، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ٣٣ – ٣٤.

(٤٧) أنظر الدكتور العرينى، البحث السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٤٩ – ٥٠.

البحرى الجديد فى حالة صدور سند الشحن فى دولة متعاقدة، أو فى حالة اتمام النقل من ميناء تابع لهذه الدولة. أما نطاق الاختلاف بينهما، فينحصر فى الفرض الذى لا تتوافر فيه إحدى هاتين الحالتين، ومع ذلك يضمن الناقل والشاحن سند الشحن نصا يقضى، بحسب بروتكول عام ١٩٦٨، بتطبيق أحكام المعاهدة. فبينما يذهب الرأى الأول إلى أنه يتعين أيضا تطبيق المعاهدة بقوتها الذاتية كما هو الحال تماما عند صدور سند الشحن فى دولة متعاقدة أو حالة اتمام النقل من ميناء تابع لهذه الدولة، ودون حاجة لإعمال قواعد الاسناد. أما الرأى الثانى، فقد لجأ إلى فكرة الدور الوقائى للنظام العام من أجل ضم القانون البحرى الجديد، فى شقه الخاص بالنقل البحرى للبضائع، إلى طائفة القوانين ذات التطبيق المباشر، توصلا الى التضييق من تطبيق معاهدة سندات الشحن، وذلك حماية للشاحنين المصريين، باعتبار أن مصر دولة شاحنين، ومن ثم ارتباط هذه الحماية بالمصالح الاقتصادية العليا للدولة.

والواقع من الأمر أن الرأى الأول، وإن كان يمتاز بالتحليل السليم، إلا أنه مع ذلك يجرد قواعد القانون البحرى الجديد من أى قيمة قانونية فى مجال النقل الدولى للبضائع، مما يؤدى إلى اجهاض الأفكار الخاصة بحماية الشاحنين والتى كانت محط أنظار المشرع عند وضعه للقانون الجديد.

ولا يمكن بحال من الأحوال إغفال هذه النية التى عبرت عنها المذكرة الايضاحية لمشروع القانون البحرى وذلك بإستحداث أحكام للمسئولية يختلف عن نظام بروكسل، "اقتناعا بأن الأحكام المذكورة تتفق ومصلحة مصر التى وإن كانت تملك اسطولا تجاريا يرجى له النمو والتقدم، فإنها لا تزال فى عداد الدول الشاحنة التى تعنيها حماية الشاحنين قبل المغالاة فى حماية المجهزين" [٤٨].

أما الرأى الثانى، فهو وإن كان قد نجح فى صيانة الحماية التى أرادها المشرع للشاحنين عن طريق الالتجاء الى فكرة القوانين ذات التطبيق المباشر وكون القانون البحرى الجديد فى شقه المتعلق بنقل البضائع فى عداد هذه القوانين، إلا أن هذه الحماية مع ذلك ليست كاملة، إذ يفلت، وفقا لهذا الرأى الثانى، من نطاق تطبيق الأثر الضرورى للقانون البحرى الجديد حالات السريان التلقائى لمعاهدة بروكسل.

وإذا سلمنا بأن الطبيعة القانونية لقواعد القانون البحرى الجديد هى أنها من قبيل القوانين ذات التطبيق الضرورى أو المباشر، فلقد كان من الأوفق القول بسريانها فى كل الأحوال، سواء فى حالات السريان الاتفاقى أو حالات السريان التلقائى لمعاهدة بروكسل؛ إذ من الصعب قبول تجزئة الطبيعة القانونية لنفس قواعد القانون، والقول

[٤٨] أنظر المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٥٧.

بأنها ذات تطبيق ضروري فى أحوال معينة، وتعطيل هذا الأثر فى أحوال أخرى.

ومع هذا فنحن نعود ونتفق مع الاتجاه الفقهى الثانى من أنه يجب تعطيل الأثر الضرورى والمباشر للقانون البحرى الجديد فى حالات السريان التلقائى لمعاهدة بروكسل، أى حالة النقل بين ميناءين فى دولتين مختلفتين وذلك عند صدور سند الشحن فى دولة طرف متعاقد، أو عند وقوع نقطة القيام فى ميناء دولة طرف فى المعاهدة، وذلك على أساس أنه لا يجوز افتراض انصراف نية المشرع الوطنى الى مخالفة التزاماته الدولية إلا إذا أعلن عن ذلك صراحة؛ أى أن هذه الحالات هى حالات خاصة رُئى تركها للتنظيم الذى تقيمه معاهدة سندات الشحن (٤٩). وهنا نلمح تنازل المشرع المصرى عن بعض أفكاره الخاصة وذلك لصالح المعاهدات الدولية، حتى ولو كان هذا على حساب المصالح الوطنية.

ثانيا: أما الملاحظة الثانية على هذين الرأيين، فهى أن نطاق الخلاف بينهما مرحلى أو مؤقت. ذلك أن قواعد هامبورج أصبحت نافذة على المستوى الدولى بعد تصديق زامبيا، وهى الدولة العشرون، على اتفاقية الأمم المتحدة فى السابع من أكتوبر سنة ١٩٩١، وطبقا للمادة الثلاثين من الاتفاقية، فإنه يبدأ نفاذها فى اليوم الأول من الشهر التالى لإنقضاء سنة واحدة على تاريخ ايداع الوثيقة العشرين من

---

(٤٩) أنظر الدكتور العرينى، البحث المشار اليه سابقا بعنوان، نقل البضائع بحرا ... ، فى ص ٣٧، وأيضا فى ص ٣٩.

وثائق التصديق. ومن ثم، فإن اتفاقية هامبورج أصبحت نافذة على المستوى الدولى بفوات سنة على إيداع هذه الوثيقة.

وتقضى المادة ١/٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة بوجوب قيام كل دولة متعاقدة بمجرد صيرورتها طرفا فيها بإخطار الحكومة البلجيكية بنيتها فى الانسحاب من معاهدة سندات الشحن، وذلك اعتبارا من التاريخ الذى يبدأ فيه نفاذ قواعد هامبورج على الدولة المتعاقدة (٥٠).

ومع ذلك فلقد رخصت المادة ٤/٣١ من اتفاقية الأمم المتحدة لأى دولة متعاقدة إرجاء انسحابها من معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤، وبروتكولها المعدل لعام ١٩٦٨ لفترة اقصاها خمس سنوات اعتبارا من بدء نفاذ هذه الاتفاقية.

---

(٥٠) والطريف فى الأمر أنه قد صدر قرار من وزير الخارجية المصرى بنفاذ قواعد هامبورج فى نفس اليوم الذى ينفذ فيه قانون التجارة البحرية الجديد. أنظر قرار وزير الخارجية رقم (٣٥) لسنة ١٩٩١، منشور فى الجريدة الرسمية – العدد ١٥ فى ١١ أبريل سنة ١٩٩١، فى ص ٧٠١، حيث نص هذا القرار المؤلف من مادة وحيدة على نشر اتفاقية الأمم المتحدة فى الجريدة الرسمية، وعلى العمل بها اعتبارا من ١٩٩٠/١١/٣. ولقد ذهب البعض إلى القول بأنه على الرغم من عدم نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى فى ذلك التاريخ إلا أن قرار وزير الخارجية يعنى أن هذه القواعد "أصبحت جزءا من النظام القانونى المصرى ابتداء من هذا التاريخ، ويجب على القاضى تطبيق أحكامها لا بوصفها قواعد دولية، وإنما بوصفها جزءا من القانون المصرى". أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى المشار إليه سابقا، فى ص ٣٢. والواقع أن قرار وزير الخارجية يثير التساؤل عن قيمته الحقيقية، فهل يملك هذا الوزير السلطة لالزام القضاء بهذه القواعد واعتبارها جزءا من النظام الداخلى؟ وهل يملك الوزير إصدار قرار بالعمل بهذه القواعد قبل نفاذها على المستوى الدولى وهو ما يتعارض مع نص المادة ١/٢٠ من الاتفاقية ذاتها؟ ثم ألا يتعارض ذلك مع نية المشرع المصرى فى نفاذ التشريع البحرى الجديد ليحكم النظام البحرى الداخلى؟

ولما كانت مصر قد صدقت على اتفاقية الأمم المتحدة في ١٩٧٩/٣/١٠، فإن نفاذها في مصر يكون في نفس تاريخ نفاذ الاتفاقية ذاتها على المستوى الدولي، أي ابتداء من نوفمبر سنة ١٩٩٢. وليس من المستبعد أن يصدر قرار بإرجاء انسحاب مصر من معاهدة سندات الشحن، وذلك كفترة انتقالية، تنطبق بعدها قواعد هامبورج على عقود النقل البحري الدولي للبضائع [٥١]. وعلى أي الأحوال، لا يمكن أن تتجاوز هذه الفترة الانتقالية، التي قد يتقرر العمل فيها بمعاهدة بروكسل لمدة تزيد على خمس سنوات، وبالتالي ففي كل الأحوال، فإنه لا يمكن مطلقا بعد نوفمبر سنة ١٩٩٧ تطبيق قواعد معاهدة سندات الشحن في مصر مطلقا وذلك إذا افترضنا صدور قرار بمد العمل بها، من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن قواعد هامبورج تسري في كل الأحوال، حتى أثناء هذه الفترة الانتقالية التي لا يمكن أن تتجاوز خمس سنوات، في علاقة مصر بالدول المتعاقدة الأخرى الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة، ذلك أن قواعد هامبوج تنفذ على

---

(٥١) والواقع أنه لم يصدر – حتى وقت إعداد هذا البحث – أي وثيقة أو قرار رسمي بإعلان النية في إرجاء الانسحاب من معاهدة بروكسل وبروتكولها المعدل، وذلك استعمالا للرخصة التي قررتها المادة ٤/٣١ من اتفاقية هامبورج. إلا أننا استطعنا الحصول على خطاب صادر من وزارة النقل البحري – بالاسكندرية (قسم إدارة المعاهدات) يتضمن التوصية بمد العمل بالمعاهدة المذكورة، وجاء في هذا الخطاب أنه "نظرا لما يحققه الاستمرار في اتفاقية بروكسل في الوقت الحالي من مصالح، فقد أخطرنا وزارة الخارجية لإبلاغ حكومة بلجيكا بوصفها الوديع لاتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع لسنة ١٩٧٨ بنية مصر في استعمال الرخصة المقررة لها بالمادة ٤/٣١ المشار اليها ولمدة خمس سنوات". أنظر خطاب وزارة النقل البحري – بالاسكندرية – إدارة المعاهدات، رقم القيد ٥/٣/هـ/٢٣٥٧ بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٩.

المستوى الدولي بين الدول المتعاقدة دون السماح بأى فترة انتقالية تسرى فيها أى قواعد أخرى على خلاف قواعد هامبورج.

ومن ثم فإن مستقبل النقل البحري للبضائع، في مصر، سيكون محكوما بطريقة استئثارية بقواعد هامبورج من ناحية، وبقواعد قانون التجارة البحري من ناحية أخرى، كل في نطاق تطبيقه.

ومع هذا يثور التساؤل، كما سبق وذكرنا، عن مدى ما تحققه كل من قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج من حماية فعالة للشاحنين؟ وهل فعلا هناك تطابق بين قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج فى مقدار وقوة هذه الحماية، أم أن القواعد الأولى تتفوق على القواعد الأخيرة فى هذا المجال؟ هذا ما سنحاول إبرازه فى المبحث الأول من هذه الدراسة.

المبحث الأول
تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج
فى حماية الشاحنين

تمهيـد وتقسيـم:

اتسم قانون التجارة البحرى، فى شقه الخاص بنقل البضائع، سواء فى روحه العامة أو نصوصه الموضوعية والإجرائية، بانحيازه الى صف الشاحنين. وجاءت معظم نصوص هذا القانون مستوحاة من قواعد هامبورج، بحيث أضحت حماية الشاحنين هى القاسم المشترك بينهما.

وهناك مظاهر عديدة لحماية الشاحنين نكاد نلمح من خلالها مدى تطابق كل من قواعد القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج فى هذا الخصوص. من ذلك مثلاً إلغاء الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية فى حالتى الهلاك والتلف عند تخلف الشاحن، أو صاحب الحق فى تسلم البضاعة، عن القيام بإخطار الناقل فى المواعيد المحددة. ومن ذلك أيضا النص على عدم استفادة الناقل من أحكام المسئولية المحدودة عند ارتكابه أو ارتكاب تابعيه للخطأ الإرادى. وأيضا الحماية الاجرائية للشاحنين عند رفع الدعاوى على الناقل بإبطال أى اتفاق سابق على نشأة المنازعة يحرمهم من حق اختيار المحكمة التى يجوز إقامة الدعوى أمامها.

وعلى الرغم من التأثر الواضح من جانب مشرعنا بقواعد هامبورج، إلا أنه، وهو يأخذ عنها، قد رأى فى بعض المواضع ضرورة إضفاء حماية

أوسع من تلك التى قررتها الاتفاقية الدولية. ومن ثم برزت بعض مظاهر لتفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج سواء فى مجال الحماية الموضوعية أو الإجرائية للشاحنين. وسوف نتناول مظاهر هذا التفوق بالتحليل، على أننا نود أن نؤكد مرة أخرى أننا لا نعقد مقارنة معينة بين القانون البحرى الجديد وقواعد هامبورج، وإنما نبرز أوجه الاختلاف بينهما فى بعض النقاط الأساسية التى تؤكد هذا التفوق فى جانب القانون المصرى، وذلك فى مطلبين:

المطلب الأول : مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الموضوعية للشاحنين.

المطلب الثانى: مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الإجرائية للشاحنين.

المطلب الأول
مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الموضوعيـة للشاحنين

أولا: أسـاس مسئوليـة النـاقل البحرى للبضائع

تقيم اتفاقية هامبورج مسئولية الناقل البحرى عن هلاك البضائع أو تلفهـا أو عـن التأخيــر فـى وصـولهـــا علـى أسـاس قرينـــة الخطـأ أو الإهمــال المفترض(٥٢). وفى ذلك تنص المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج على أن "١ – يسأل النـاقل عـن الخسـارة الناتجـة عـن هـلاك البضـائع أو تلفهـا، وكذلـك الناتجـة عن التأخير فى التسليم، إذا وقع الحـادث الـذى تسبب فـى الهـلاك أو التلف أو التأخير أثناء وجود البضائع فى عهدته على الوجه المبين فـى المـادة ٤، ما لم يثبت الناقل أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميـــع مـا كـان من المعقول تطلب اتخاذه من تدابير لتجنب الحـادث وتبعـاته" (٥٣).

---

(٥٢) أنظر فى موضوع مسئولية الناقل البحرى وفقا لاتفاقية هامبـورج:
René Rodière, La responsabilité du transporteur maritime suivant les Règles de Hambourg 1978, Droit Maritime Français, no. 356 (Anne 30) 1968, PP 451-464.

وبصفة خاصة في ص ص ٤٥٧ – ٤٥٨.

وأنظر كذلك فى أساس مسئولية الناقل فى مشروع الاتفاقية،
P. Latron, Va-t-on Vers une responsabilité nouvelle du transporteur maritime de marchandises? Droit Maritime Français, no 327 (Anne 28) 1976, pp 131-141.

وبصفـة خاصة فى ص ١٣٥.

وفى الفقه المصرى، أنظر الدكتـور سـعيد يحيـى، مسئولية النـاقل البحـرى، المرجـع المشار اليه سابقا، فى ص ص ٣٥ – ٣٦.

(٥٣) أنظر المادة الخامسة، اتفاقية هامبـورج، الجريدة الرسمية، العـدد ٢٥، المشـار اليـه سابقا فى ص ١٣١٩.

ومعنى ذلك أن الناقل البحرى وفقا لقواعد هامبورج يعتبر مسئولا عن الهلاك أو التلف أو التأخير عندما يخفق فى تقديم الدليل على أنه هو أو تابعوه أو وكلاؤه قد قاموا بكل الإجراءات والتدابير المعقولة لتجنب وقوع الحادث والأضرار الناجمة عنه (٥٤). ومن ثم يفترض الخطأ فى جانب الناقل عند حصول الأضرار بالبضاعة وهى فى حراسته. ومع هذا خولت الاتفاقية للناقل التخلص من المسئولية بنفى قرينة الخطأ إذا أقام الدليل على اتخاذ الإجراءات المعقولة فى مواجهة الأسباب التى أدت الى حدوث الأضرار. أما إذا فشل الناقل فى إقامة هذا الدليل انعقدت مسئوليته (٥٥)

ولا شك أن اتفاقية هامبورج قد حققت تقدما ملموسا على معاهدة بروكسل فى هذه النقطة (٥٦)، ذلك أن معاهدة بروكسل كانت تنص على حالات عديدة لإعفاء الناقل من المسئولية، هذه الحالات كانت تؤدى فى مناسبات كثيرة الى تخلص الناقل من المسئولية (٥٧) . أما اتفاقية هامبورج،

---

(٥٤) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ١٠٩؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى ....، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ٣٥.

(٥٥) أنظر فى هذا المعنى الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى .....، المشار إليه سابقا فى ص ٣٦.

(٥٦) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ١٠٩.

(٥٧) أنظر فى معنى مقارب، الدكتور سعيد يحيى، مسئولة الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ١٢. أيضا انظر المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة البحرى، فقرة ١٥٧.

فلقد ألغت بصفة عامة أوجه الإعفاء الخاصة بالخطأ فى الملاحة وكذلك الخطأ فى إدارة السفينة، وأقامت المسئولية على فكرة الخطأ المفترض (٥٨).

والحقيقة أنه ولو أن قواعد هامبورج كانت تقصد تشديد أساس مسئولية الناقل البحرى لصالح الشاحنين وإفتراض الخطأ فى جانبه وإلغاء أحوال الإعفاء العديدة من المسئولية التى كانت موجودة فى معاهدة سندات الشحن، إلا أن المادة الخامسة من اتفاقية هامبورج قد أتاحت للناقل أسلوبا عاما مرنا يمكن بمقتضاه التخلص من المسئولية، ألا وهو اتخاذه هو أو تابعوه التدابير المعقولة لتفادى الحادث ونتائجه. هذا الأسلوب فى نفى قرينة الخطأ يبدو لنا أخطر وأوسع من مجرد التعداد الكثير لحالات الإعفاء من المسئولية التى كانت تنص عليها معاهدة سندات الشحن، لأن الناقل فى ظل هذه المعاهدة الأخيرة كان مقيدا بإبراز أسباب أو حالات معينة لإعفائه من المسئولية. أما طبقا لاتفاقية هامبورج فإن الناقل لا يلتزم بإقامة الدليل على اتخاذ الإجراءات الضرورية اللازمة لمنع الضرر، وإنما يكتفى لإزاحة قرينة الخطأ بإثباته اتخاذ التدابير، المعقولة، وهو أمر ليس من الصعوبة بمكان، إذ يكفى اظهار أنه قد بذل غاية جهده فى عدم حصول الأضرار (٥٩). ولذلك فإننا من هذه الزاوية نتفق مع أحد المعلقين من أن "الشاحنين لم يكسبوا من نصوص معاهدة هامبورج، بشأن مسئولية الناقل، إلا إلغاء الحالة

---

(٥٨) أنظر المستحدث فى أحكام اتفاقية هامبورج، ورقة بحثية مقدمة الى مؤتمر القاهرة – الاسكندرية عن التحكيم (اكتوبر ١٩٩٢) تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى، بانسونى الديب، فى ص ٤.

(٥٩) أنظر فى معنى مقارب، الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ....، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ١٨١ – ١٨٢.

المستثناه الخاصة بالخطأ فى الملاحة وفى إدارة السفينة" (٦٠) ولعل الحماية المرجوة للشاحنين كان يمكن أن تتحقق فيما لو كانت اتفاقية هامبورج قد جعلت الناقل مسئولا "ما لم يثبت أن الضرر الذى لحق بالبضائع قد نتج عن فعل أو حادث لا يرجع اليه أو إلى تابعيه" (٦١).

ولقد كان مشروع قانون التجارة البحرية يأخذ أخذا حرفيا باساس المسئولية كما ورد فى اتفاقية هامبورج.

فلقد كانت المادة ١/٢٢٩ من المشروع تقضى بأن:

"١ – يعفى الناقل من المسئولية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ إذا أثبت أنه قام هو ومن ينوب عنه وتابعوه باتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع الضرر أو أنه لم يكن فى استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير" (٦٢).

ومن ثم فإنه فى كنف مشروع القانون كانت المسئولية تؤسس على الإخلال بإلتزام ببذل عناية أو وسيلة، بحيث كان يمكن للناقل درء مسئوليته إذا توصل الى اثبات أنه وتابعوه قد أتخذوا كل الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع الهلاك أو التلف لتوصيل البضاعة سالمة فى الميعاد (٦٣). ولما كان الإلتزام ببذل عناية هو فى صالح الناقل لأنه أخف من الالتزام بتحقيق نتيجة، فلقد حاول المشروع أن يشدد على الناقل فى عبء الاثبات حماية للشاحنين، وذلك

---

(٦٠) أنظر الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ....، المرجع السابق فى ص ١٨٣.

(٦١) أنظر الدكتور أحمد حسنى، المرجع السابق، فى ص ١٨٣.

(٦٢) أنظر فى شرح نص المادة ١/٢٢٩ من مشروع القانون، المذكرة الإيضاحية للمشروع، فقرة ١٥٩.

(٦٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٥٩.

بإفتراض الخطأ أو الإهمال فى جانب الناقل، بحيث يكون على هذا الأخير، إن أراد نفى مسئوليته اثبات اتخاذه لإجراءات الحيطة اللازمة لمنع وقوع الضرر.

على أن واضعى قانون التجارة البحرية أدركوا أن أساس المسئولية، كما ورد بمشروع القانون والمأخوذ عن قواعد هامبورج، لا يفى بالحماية المرجوة للشاحنين، ولذا ظهر النص الخاص بالمسئولية فى القانون نفسه مغايرا لصورته التى وردت بالمشروع. فلقد نصت المادة ٢٢٧ فقرة (١) من القانون على أن "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف فى المدة بين تسلم الناقل البضائع فى ميناء الشحن، وبين قيامه فى ميناء التفريغ بتسليمها الى صاحب الحق فى تسلمها، أو ايداعها طبقا للمادة السابقة".

ومن ثم فإن مسئولية الناقل البحرى هى مسئولية عقدية مبناها عقد النقل المبرم بين الناقل والشاحن. ويكون الناقل مخلا بإلتزاماته الناشئة عن عقد النقل البحرى متى هلكت البضاعة هلاكا كليا أو هلاكا جزئيا أو وصلت تالفة. فالتزام الناقل بتوصيل البضاعة سالمة وبحالتها إلى ميناء التفريغ هو التزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أنه يمكن أن تثور مسئوليته بمجرد حصول هلاك للبضاعة أو وصولها تالفة (٦٤).

---

(٦٤) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٠٧ – أنظر أيضا الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ....، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ١٨٣. وراجع مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد، المشار اليه سابقا فى ص ٢٦٥.

وعليه، فإنه طبقا لقانون التجارة البحرية الجديد فإن خطأ الناقل ليس مفترضا، بل هو خطأ حقيقي. ذلك أن الخطأ العقدى الذى يقع من الناقل هو عدم تحقيق النتيجة بتوصيل البضاعة سليمة وكاملة أو بالحالة التى كانت عليها وقت شحنها(٦٥)، وعبارة "يضمن الناقل" والوارد فى نص المادة ٢٢٧ بحرى تتصرف إلى تأكيد التزام الناقل بتحقيق هذه النتيجة المنشودة، وأن عدم تحقيقها يمثل الخطأ الذى يقع منه .

ويكون على الشاحن اثبات حصول هلاك البضاعة أو التأخير فى التسليم. وهذا الاثبات سهل فى حالات الهلاك الكلى أو الجزئى أو التلف أو التأخير، طالما أن سند الشحن كان يتضمن مقدار وحجم البضاعة وحالتها والميعاد الذى يجب توصيلها فيه. ومجرد حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير يؤدى الى القول بأن الشاحن قد أثبت خطأ الناقل (٦٦). فالشاحن ليس ملزما بتقديم الأسباب التى أدت إلى حدوث هذا الهلاك أو التلف أو التأخير فى وصول البضاعة. فعدم توصيل البضاعة سالمة فى موعدها هو الخطأ الذى ينسب الى الناقل فى دعوى المسئولية، حيث أن التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة، ولا يهم بعدئذ البحث عن الأسباب التى أدت إلى إخلاله بهذا الالتزام، كعدم

---

(٦٥) أنظر فى معنى قريب، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ٦٤ – ٦٥. وراجع كتابنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد فى ص ٢٦٦. وأنظر فى تحديد مفهوم الخطأ الذى ينسب الى الناقل بصفة عامة، الدكتور هانى دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية (١٩٩١)، فى ص ص ٦٦ – ٦٧. ومع ذلك قارن، الدكتور فايز نعيم رضوان، القانون البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ٣٥٨.

(٦٦) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق الإشارة إليه فى ص ١٠٧. وفى هذا المعنى أيضا راجع الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٨٣ – ١٨٤.

صلاحية السفينة أو إهمال الربان في صيانة أو حفظ البضاعة أثناء الرحلة أو غيرها من الأسباب (٦٧).

ونود هنا أن نؤكد على أن مسئولية الناقل عن التأخير في وصول البضاعة في القانون المصرى مبناها الإخلال بالإلتزام بتحقيق نتيجة، وهى توصيل البضاعة فى الموعد المتفق عليه، أو فى الميعاد الذى يتعين على الناقل العادى فى الظروف المماثلة إذا لم يكن هناك موعد سابق متفق عليه. فالمسئولية عن التأخير فى القانون الجديد لا تؤسس - كما زعم البعض - على فكرة الخطأ المفترض وامكان نفيها إذا أثبت الناقل أنه قام هو وتابعوه باتخاذ التدابير المعقولة لمنع التأخير أو أنه لم يكن فى استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير (٦٨).

ونحن نتفق مع الرأى الذى يذهب إلى أن مسئولية الناقل عن التأخير أساسها الإخلال بالتزام بتحقيق نتيجة حتى فى حالة عدم وجود تحديد ميعاد معين للتسليم، ذلك أن القانون قد أوجب التسليم خلال مدة معقولة، أى فى الموعد الذى يتوجب فيه على الناقل العادى القيام بذلك طالما وجد فى ظروف

---

(٦٧) ومن ثم فإن طبيعة مسئولية الناقل البحرى للبضائع فى قانون التجارة البحرية الجديد لا تختلف عن مثيلتها فى القانون البحرى المصرى (الملغى). أنظر فى طبيعة مسئولية الناقل فى القانون البحرى (الملغى): الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٧٦٦؛ الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٧٥، الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٦٣.

(٦٨) أنظر فى الرأى القائل بتأسيس المسئولية عن التأخير على فكرة الخطأ المفترض، الدكتور محمد بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٦٤.

مماثلة، "ولا يعنى ذلك أن التزام الناقل البحرى بالتسليم فى الميعاد ينقلب من التزام بتحقيق نتيجة الى التزام ببذل عناية فى القانون المصرى ..." (٦٩).

لا شك أن مشرعنا المصرى كان أكثر حرصا على حماية الشاحنين وذلك بجعله مسئولية الناقل البحرية مؤسسة على الالتزام بتحقيق نتيجة، وحذف النص الذى كان واردا فى مشروع القانون والمنقول نقلا حرفيا عن قواعد هامبورج.

ثانيا – دفع مسئولية الناقل البحرى

(أ) السبب العام للإعفاء من المسئولية:

سبق وأن أوضحنا أن أساس مسئولية الناقل البحرى فى اتفاقية هامبورج يختلف عن أساسها فى القانون البحرى المصرى الجديد. ولا شك أن اختلاف أساس المسئولية ينعكس على طرق دفعها. فطرق دفع المسئولية فى القانون المصرى تختلف عن مثيلاتها فى قواعد هامبورج.

فمسئولية الناقل البحرى وفقا لاتفاقية هامبورج تقوم على أساس الخطأ المفترض فى جانب الناقل البحرى. وفى مقابل افتراض الخطأ فى جانب الناقل، فلقد جعلت الاتفاقية التزام الناقل التزاما ببذل عناية، بحيث يجوز له نفى قرينة الخطأ إن هو استطاع اثبات بذله للعناية المعقولة للمحافظة على

(٦٩) أنظر الدكتور هانى محمد دويدار، الوجيز فى القانون البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١٤.

البضاعة (٧٠). والمادة الخامسة، فقرة أولى من قواعد هامبورج واضحة فى هذا الخصوص حيث رخصت للناقل التنصل من المسئولية فى كل الأحوال (هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير فى التسليم) إن هو استطاع اثبات "أنه قد اتخذ هو أو مستخدموه أو وكلاؤه جميع ما كان من المعقول تطلب اتخاذه من تدابير لتجنب الحادث أو تبعاته". والواقع أن هذه الفقرة من قوعد هامبورج مقتبسة من المادة العشرين من اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ والخاصة بتوحيد بعض قواعد مسئولية الناقل الجوى والتى تقضى بأن "لا يكون الناقل مسئولا إذا اثبت أنه هو وتابعوه قد أتخذوا كل التدابير الضرورية لتوقى الضرر أو كان يستحيل عليهم اتخاذها" (٧١).

وإذا كان الخلاف قد ثار فى ظل اتفاقية وارسو حول المقصود بالتدابير (الضرورية) اللازم اتخاذها من جانب الناقل الجوى أو تابعيه لتوقى الضرر، فإن هذا الخلاف ليس له محل فى ظل قواعد هامبورج. فلقد اختلف الرأى عند تفسير مفهوم (التدابير الضرورية) التى يلتزم بها الناقل الجوى للتخلص من المسئولية (٧٢)، فذهب رأى الى ضرورة الالتزام بالنص الحرفى

---

(٧٠) أنظر مقال الاستاذ Rodière، بعنوان La responsabilité du Transporteur Maritime ، والمشار إليها سابقا فى ص ٤٥٧. وأنظر أيضا:
Paul Chauveau, Rétrospective d'actualités, Droit Maritime Français, no. 338 (29 Annee 1977), PP. 67 - 73.
وبصفة خاصة فى ص ٧٢.

(٧١) أنظر فى الشرح والتعليق على المادة العشرين من اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض مسائل مسئولية الناقل الجوى لعام ١٩٢٩، الدكتور رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى (الكتاب الثانى) ١٩٨٨، فى ص ١٥١ وما بعدها. وأنظر أيضا، الدكتور محمد فريد العرينى، القانون لجوى (١٩٩٣)، فى ص ١٣٠، ومابعدها.

(٧٢) أنظر فى عرض هذا الخلاف، الدكتور العرينى، القانون الجوى، المرجع السابق، فى ص ص ١٣١ - ١٣٧.

لاتفاقية وارسو وتطلب قيام الناقل بإثبات اتخاذه كل التدابير الممكن اتخاذها لتوقى الضرر؛ فلا يعفى الناقل الجوى من المسئولية إذا ثبت أن هناك احتياطات أو إجراءات كان من شأنها منع حصول الضرر، ولم يتخذها الناقل الجوى أو تابعوه.

ومع ذلك يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن المقصود بالتدابير التى يتعين على الناقل اتخاذها هى فقط التدابير المعقولة، لأن الأخذ بالرأى الأول يفضى الى امكانية انشغال مسئولية الناقل الجوى فى كل الأحوال، على أساس أن حصول الضرر هو فى ذاته دليل عدم قيام الناقل بكل الاحتياطات الضرورية لمنعه، مما يستتبع أن يفقد النص الخاص بإعفاء الناقل بناء على اتخاذه التدابير الضرورية كل قيمة، حيث لن يتمكن من الوصول إلى الإعفاء إلا إذا أثبت استحالة اتخاذه لهذه التدابير(٧٣).

ولقد تلافت اتفاقية هامبورج الخلاف الذى نشب بصدد تفسير عبارات اتفاقية وارسو. فلقد كانت المادة ١/٥ من قواعد هامبورج واضحة فى وصف التدابير التى يتعين على الناقل اتخاذها لتجنب الحادث وتبعاته، بأنها تلك التدابير (المعقولة)، أى "التى يمكن تطلبها من الناقل المعتاد فى الظروف المماثلة، لمنع وقوع الحادث الذى نشأ عنه الضرر" (٧٤)؛ أو أنها

---

(٧٣) أنظر الدكتور رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى، المشار إليه سابقا فى ص ١٥٢.

(٧٤) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٣.

"التدابير المعقولة والمعتادة، دون التدابير الاستثنائية أو غير المألوفة، التى يتخذها ناقل حريص، يقظ فى نفس ظروف الرحلة ...." (٧٥).

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان الناقل يلتزم بإثبات أنه هو وتابعوه قد بذلوا العناية المعقولة فى تنفيذ عقد النقل لتوقى وقوع الضرر بصفة عامة، أم أنه يجب قيام الناقل، للتخلص من المسئولية، بإثبات أنه هو وتابعوه قد اتخذوا التدابير المعقولة لتوقى الضرر الذى وقع بالذات؟

فى الواقع يوجد رأيان فى هذه المسألة. فقد يقال أنه يكفى قيام الناقل باتخاذ التدابير المعقولة التى عادة ما يتخذها الناقل الحريص فى نفس الظروف وذلك لمنع وقوع الأضرار، وقد يقال بأنه لا يكفى لتخلص الناقل من المسئولية أن يبرز اتخاذه التدابير المعقولة لتوقى الأضرار بصفة عامة، وإنما يتعين عليه أن يقيم الدليل على اتخاذه جميع الإجراءات لتفادى الحادث الذى وقع بالذات وما نشأ عنه من أضرار للبضاعة. ويظهر أثر الخلاف بين الرأيين فيما إذا كان السبب الذى أدى الى الحادث مجهولا. فطبقا للرأى الأول يمكن للناقل التخلص من المسئولية لأنه اتخذ الاجراءات المعقولة اللازمة لمنع الأضرار حتى ولو كان السبب الذى نشأ عنه الضرر مجهولا. أما طبقا للرأى الثانى، فإن الناقل يكون مسئولا عن الحادث، حتى ولو كان سببه

---

(٧٥) أنظر الدكتور رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى، المشار اليه سابقا، فى ص ١٥٢.

مجهــولا، طالمـا أنــه لـن يستطيع اثبـات أن السـبب الـذى أدى إلـــى وقـوع الحــادث لا يرجع إلى عدم اتخاذه الاجراءات المعقــولة لمنع حصوله (٧٦).

ويذهب الفقـه الراجح إلـى تغليـب الـرأى الأول بصـدد تطبيـق اتفاقيـة وارسـو بشأن النقل الجوى، ومن ثم فإن نص المادة ١/٢٠ مـن هـذه الاتفاقيـة يعنىأن الناقل عليه اتخاذ التدابير المعقولة لمنع الضرر بوجـه عـام، وخاصـة أن النص نفسه لم يتطلب اثبات سبب الضرر، حيث يقضى فقط باتخاذ التدابير الضرورية (لتوقى الضرر).

أضف إلى ذلك أنه بعد حصول الضرر فإنه من "العسير الاعتراف فى هذه الحالة، أيا كانت التدابير التى كان الناقل قد أتخذهـا، بـأن النـاقل قد اتخذ التدابير الضرورية لتوقى ذلك الضرر، مما يترتب عليه انشغال مسئولية الناقل فى معظم الأحول إن لم يكن كلها ... ويصبح وقوع الضرر دليلا بذاتـه علـى تقصير الناقل فى اتخاذ التدابير الضرورية لتوقيـه، مما يجعـل من نص المـادة ١/٢٠ لغوا لا طائل منه" (٧٧).

ولقـد كـان مشروع قـانون التجـارة البحرى المصرى يـأخذ بنص ممـاثل للنص الوارد فى اتفاقية وارســو، حيـث كـانت المـادة ١/٢٢٩ مـن المشـروع تقضى بإعفاء الناقل وتابعيـه من المسئولية إذا تم "إتخاذ التدابير المعقولة لمنع

---

(٧٦) أنظر فى عرض هذه المسألة، الدكتـور هانى دويدار، الوجيـز فى القـانون البحـرى، المرجع السابق المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٣٢ – ١٣٣.

(٧٧) أنظر الدكتور رفعت فخرى، الوجيز فى القانون الجوى، المرجع المشار إليــه سـابقا فى ص ١٥٥.

وقوع الضرر أو أنه لم يكن فى استطاعتهم اتخاذ هذه التدابير". ومن ثم يمكن القول، بحسب الرأى الراجح، أنه يمكن للناقل التخلص من المسئولية لو اتخذ الاجراءات المعقولة لمنع وقوع الأضرار دون أن يطلب منه إقامة الدليل على اتخاذ الاجراءات المعقولة فى مواجهة الحادث الواقع بعينه.

أما اتفاقية هامبورج، فلقد ظهر النص فيها مختلفا عن الصيغة التى كتبت بها اتفاقية وارسو. فنص المادة الخامسة تتكلم عن اتخاذ الناقل وتابعيه التدابير المعقولة لتجنب (الحادث) الذى أدى إلى حصول الأضرار بالبضاعة. وعلى هذا فلا يكفى أن يثبت الناقل أنه قد اتخذ بصفة عامة كل الاحتياطات المعقولة لتوقى حصول الأضرار، بل عليه أيضا - طبقا لاتفاقية هامبورج - أن يثبت أنه قد أتخذ كل الاجراءات المعقولة لمنع وقوع ذات الحادث الذى نجم عنه الضرر بالبضاعة. وبعبارة أخرى، فالاتفاقية تلزم الناقل باتخاذ التدابير المعقولة التى كان من شأنها منع حصول الضرر على النحو الذى تحقق به. ويستتبع ذلك أن الناقل البحرى - وفقا لقواعد هامبورج - يتحمل تبعة هلاك البضائع إذا كان سبب الحادث مجهولا. وفى هذا الحكم حماية أفضل للشاحنين (٧٨).

على أن اتفاقية هامبورج لم تذكر استحالة اتخاذ التدابير اللازمة كطريق يمكن الناقل من إعفائه من المسئولية (٧٩)؛ فهل يعنى ذلك أن الناقل

---

(٧٨) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٣٣.

(٧٩) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق فى ص ١٣٤. ومع ذلك قارن الدكتور محمد بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى للبضائع فى اتفاقية هامبورج، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، فى ص ٤٥.

لا يعفى من المسئولية إلا إذا اتخذ فعلا ايجابيا يتمثل فى مباشرة تدابير معينة فى مواجهة السبب الذى أدى إلى الضرر، وأنه يكون مسئولا إذا كان موقفه سلبيا بعد اتخاذ أى تدابير؟ فى الواقع إن الإجابة عن هذا التساؤل، فى رأينا، هى بالإيجاب. أى أن الناقل لا يمكنه طلب الإعفاء من المسئولية إذا استحال عليه اتخاذ الاجراءات المعقولة لتوقى الحادث، إلا فى حالة واحدة هى حالة ما إذا كان السبب الأجنبى هو السبب الوحيد الذى أدى الى استحالة اتخاذ هذه التدابير. إذ أن توافر السبب الأجنبى من شأنه قطع رابطة السببية بين الضرر والخطأ (٨٠).

أما القانون البحرى المصرى الجديد فلقد تضمن سببا عاما وحيدا، بجانب أحوال خاصة، لإعفاء الناقل من المسئولية فلقد نصت المادة ٢٢٩ من قانون التجارة البحرى على إعفاء الناقل من المسئولية إذا اثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها كان راجعا الى سبب أجنبى لا يد للناقل أو لنائبه أو لأحد تابعيه دخل فى حدوثه. فالسبب الأجنبى هو الذى يقطع رابطة السببية فى عناصر المسئولية التعاقدية المتمثلة فى خطأ الناقل الناشئ عن عدم تحقيقه النتيجة المنشودة من توصيل البضاعة سالمة فى موعدها المتفق عليه، وبين الضرر الذى يحيق بالشاحن من وراء عدم تحقيق هذه النتيجة (٨١). وبناء

---

(٨٠) أنظر فى معنى مقارب، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق، فى ص ١٣٤.

(٨١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٦٨؛ الدكتور محمد بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٤٨؛ الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٢٨ - ١٢٩؛ وأنظر أيضا الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى ....، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٨٣ - ١٨٤.

عليه، فلا يمكن للناقل إعفاء نفسه من المسئولية إلا إذا استطاع اثبات القوة القاهرة، أو خطأ الشاحن، أو فعل الغير أو العيب الذاتى للبضاعة مثلا.

ومن هذه الزاوية، فإن قانون التجارة البحرى المصرى كان أكثر حماية للشاحنين من قواعد هامبورج، فلا يعفى الناقل من المسئولية – طبقا للقانون المصرى – حتى ولو أثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا جميع الإجراءات المعقولة أو حتى الضرورية لتوقى الأضرار التى لحقت بالبضاعة أو حتى لتوقى الحادث نفسه الذى تولدت عنه هذه الأضرار (٨٢).

(ب) الأسباب الخاصة للإعفاء من المسئولية:

نصت اتفاقية هامبورج على حالات خاصة لإعفاء الناقل البحرى من المسئولية. فلقد أعفت الاتفاقية الناقل البحرى من المسئولية عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها إذا كان ذلك ناتجا عن التدابير المتخذة لإنقاذ الأرواح أو عن تدابير معقولة لانقاذ الأموال. كما أعفت الاتفاقية الناقل البحرى من المسئولية عن الهلاك أو التلف أو التأخير فى حالة نقل الحيوانات الحية، طالما أن الأضرار الحاصلة مرتبطة بالمخاطر الخاصة والتى تلازم هذا النوع من النقل، ولا سيما إذا كان الناقل قد التزم بالتعليمات الخاصة الصادرة من الشاحن طبقا لظروف الواقع، اللهم إلا إذا توافر الدليل على أن الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم قد نتج كله أو بعضه عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه.

---

(٨٢) أنظر فى معنى مقارب الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى ...، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٢٩. ومع ذلك قارن، الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٨٤.

ولقد تأثر واضعو قانون التجارة البحرى المصرى بقواعد هامبورج فيما يخص إعفاء الناقل البحرى من المسئولية فى حالة إنقاذ الأرواح والأموال، وكذلك فى حالة نقل الحيوانات الحية. فلقد نصت المادة ٢٤٢ من القانون البحرى المصرى الجديد على أنه "لا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها إذا وقع ذلك بسبب إنقاذ أو محاولة انقاذ الأرواح فى البحر أو بسبب التدابير المعقولة التى يتخذها لانقاذ الأموال فى البحر" (٨٣). والحقيقة أنه لا يكاد يوجد اختلاف جوهرى بين هذا النص ومثيله فى قواعد هامبورج.

ولكن على الرغم من تأثر مشرعنا المصرى بقواعد هامبورج فيما يتعلق بإعفاء الناقل البحرى فى حالة نقل الحيوانات الحية، إلا أن هناك اختلافا جوهريا بين النص المصرى ومقابله فى قواعد هامبورج. فلقد نصت المادة ٢٣٢ من قانون التجارة البحرى على أنه "لا يسأل الناقل فى حالة نقل الحيوانات الحية عن هلاكها أو ما يلحقها من ضرر إذا كان الهلاك أو الضرر ناشئا عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل، وإذا نفذ الناقل تعليمات الشاحن بشأن نقل هذه الحيوانات افترض أن هلاكها أو ما أصابها من ضرر نشأ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل حتى يثبت الشاحن وقوع خطأ من الناقل أو من نائبه أو من أحد تابعيه". ويظهر الاختلاف بين النص

(٨٣) أنظر نص المادة ٢٤٢ من قانون التجارة البحرية، وفى التعليق على هذه المادة راجع الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٣٧ - ١٣٨، وأيضا مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى المصرى الجديد، فى ص ٢٧٧ - ٢٧٨. وأنظر فى المقارنة بين اتفاقية هامبورج ومعاهدة بروكسل فى صدد الإعفاء فى حالة انقاذ الأرواح والأموال، الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ٨٢ - ٨٤.

المصرى ومثيله فى اتفاقية هامبورج، فى أن النص الأخير يتضمن ثلاث حالات هى حالات هلاك الحيوانات الحية أو إصابتها بضرر أو التأخير فى تسليمها، بحيث يمكن للناقل دفع مسئوليته فى هذه الأحوال الثلاثة. أما النص المقابل فى القانون المصرى فلم يتضمن إلا حالتين فقط، هما حالتا الهلاك أو حصول الضرر للحيوانات الحية، مع إغفال حالة التأخير فى التسليم. وعليه، فإنه فى ظل قانون التجارة البحرى المصرى، لا يمكن للناقل أن يدفع مسئوليته عن التأخير فى تسليم الحيوانات الحية بأن التأخير فى التسليم ناشئ عن المخاطر التى تلازم هذا النوع من النقل. وبعبارة أخرى، لا يمكن للناقل البحرى أن يدفع مسئوليته عن التأخير فى تسليم الحيوانات الحية – طبقا للقانون المصرى – إلا إذا استطاع اثبات السبب الأجنبى، وهو السبب الوحيد المعفى للمسئولية فى قانون التجارة البحرى. ومن ثم فالتزام الناقل بتسليم الحيوانات الحية فى الموعد المتفق عليه أو فى الميعاد المعقول هو التزام بتحقيق نتيجة (٨٤).

ويبدو لنا أن المشرع المصرى، وإن اقتبس نص اتفاقية هامبورج فى خصوص دفع مسئولية الناقل فى نقل الحيوانات الحية، إلا أنه لم يغفل مع

---

(٨٤) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور هانى دويدار الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٣٥ – ١٣٧. وفى مسئولية الناقل عن نقل الحيوانات الحية طبقا لاتفاقية هامبورج، أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٤٤ – ٤٦.

وأنظر فى مضمون التزام الناقل عند نقل الحيوانات الحية حسب قواعد هامبورج Hassania CHERKAOUI, Portée Juridique et économique des Règles de Hambourg et Conséquences pour Le Maroc résultant de Leur application, Droit Maritime FrançaisNo. 524 (1993) PP. 125-136.

وبصفة خاصة ص ١٣٢.

ذلك حماية الشاحنين، فلم يقف إلى جانب الناقل فى كل حالات الضرر الحاصلة فى مثل هذا النوع من النقل، حيث لم ينص على إعفائه من المسئولية عن التأخير فى التسليم. وهذا التصرف من المشرع المصرى لم يكن فى اعتقادنا عفويا، وبصفة خاصة أن نص اتفاقية هامبورج كان تحت بصره (٨٥). وعلى الرغم من أن المذكرة الإيضاحية لم تذكر من قريب أو من بعيد السبب الذى من أجله تم إغفال إعفاء الناقل البحرى فى حالة التأخير عن تسليم الحيوانات الحية، إلا أننا نعتقد أن هذا يمكن تبريره على أساس حرص المشرع على ضرورة تسليم هذه النوعية من البضائع فى الموعد المحدد، وبصفة خاصة أن نقل هذه البضائع عادة ما يتعلق بتجارة الاستيراد، وهى تجارة تتصل اتصالا مباشرا بالحاجات الغذائية والاقتصادية للشعب. ومن ثم رأى المشرع إخضاع المسئولية عن التأخير فى التسليم إلى القاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٤٠، وعدم تقرير سبب خاص لإعفاء الناقل من المسئولية فى هذه الحالة. وهذا الحكم، الذى قرره القانون المصرى، أكثر فعالية فى حماية الشاحن.

وأخيرا، فلقد تفوق قانون التجارة البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى حماية الشاحنين – عند دفع مسئولية الناقل البحرى فى حالة نقل البضائع على سطح السفينة. فالمادة ٢٣١ من القانون البحرى المصرى تقضى بأن "لا يسأل الناقل عن هلاك أو تلف البضائع التى يذكر فى سند الشحن أنها منقولة على سطح السفينة إذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناشئ عن المخاطر

---

(٨٥) ومع ذلك أنظر الدكتور بهجت قايد، الذى يأخذ اتجاها مخالفا ومنتقدا موقف المشرع المصرى من حيث إغفاله على النفى على الإعفاء فى حالة التأخير، أنظر بحث الدكتور قايد، مسئولية الناقل البحرى، المشار اليه سابقا، فى ص ٩٧.

الخاصة بهذا النوع من النقل". فيمكن للناقل أن يدفع مسئوليته عن هلاك البضائع أو تلفها، إذا كان مرخصا بهذا النوع من النقل، إذا أثبت أن الهلاك أو التلف ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل، ومثال ذلك أن يثبت "أن تلف البضاعة يرجع إلى تأثرها بحرارة الشمس أو الرطوبة أو بالأمطار أو أن هلاكها حدث بسبب ارتفاع الأمواج أو اشتداد الريح الذى قطع حبال البضاعة وجرفها إلى البحر" (٨٦).

ويلاحظ أن اتفاقية هامبورج قد تضمنت نصا مشابها لنص المادة ٢٣١ من قانون التجارة البحرى المصرى، إلا أنها زادت عليه حالة التأخير فى التسليم. ومعنى ذلك أن الناقل البحرى يمكنه وفقا لقواعد هامبورج التنصل من المسئولية فى حالة النقل على السطح، طالما تمت مراعاة أحكام الاتفاقية فى النقل بهذه الكيفية، سواء فى حالة هلاك البضائع أو تلفها أو (التأخير فى تسليمها) إذا استطاع إقامة الدليل على أن الأضرار الحاصلة قد نشأت عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل (٨٧).

وعليه، فإنه طبقا للقانون المصرى، لا يمكن للناقل أن يدفع مسئوليته فى حالة التأخير فى تسليم البضائع المشحونة على السطح بأن التأخير الحاصل ناشئ عن المخاطر الخاصة بهذا النوع من النقل. حيث تنطبق بصدد المسئولية عن التأخير القاعدة الواردة فى المادة ٢٤٠ من قانون التجارة البحرى والتى من مقتضاها ألا يجوز للناقل رفع مسئوليته إلا إذا أبرز السبب

---

(٨٦) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٦١.

(٨٧) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٣٧.

الأجنبى، ومعنى ذلك أن التزام الناقل بتوصيل البضاعة المشحونة على السطح، حتى ولو كان مرخصا به، هو التزام بتحقيق نتيجة. ومن هذه الزاوية فلا جدل في تفوق القانون المصرى على قواعد هامبورج فى حماية الشاحنين.

ثالثا - التحديد القانونى لمسئولية الناقل البحرى:

اشتملت اتفاقية هامبورج وكذلك القانون البحرى المصرى الجديد على نصوص تقضى بتحديد التعويض الذى يتعين على الناقل البحرى دفعه إلى الشاحن في حالات الأضرار اللاحقة بالبضاعة المنقولة. ولقد حذا مشرعنا المصرى حذو قواعد هامبورج فى الأساس الذى بمقتضاه يتم حساب التعويض المحدود والذى يتمثل فى الاعتماد على الطرد أو الوحدة بالنسبة للبضائع ذات القيمة العالية والتى قد تكون قليلة الوزن، وعلى الكيلوجرام بالنسبة للبضائع التى تكون عادة ثقيلة الوزن والتى تشحن عادة فرطا. أضف إلى ذلك أن القانون المصرى قد أقام حدودا للتعويض من المسئولية تقترب كثيرا من تلك التى تبنتها قواعد هامبورج، وإن اختلفت طريقة حسابه (٨٨).

(٨٨) أنظر فى أسلوب تحديد مسئولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقا، فى ص ص ٥١ - ٥٧. وراجع فى تحديد المسئولية وفقا لقواعد قانون التجارة البحرية وقواعد هامبورج، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٤٣ - ١٥٥. وفى تحديد مسئولية الناقل فى قانون التجارة البحرية المصرى، راجع مؤلفنا، دروس فى القانون البحرى ....، المشار اليه سابقا فى ص ص ٢٧١ - ٢٧٢. وأنظر فى طريقة حساب التعويض وفقا لاتفاقية هامبورج، المستحدث فى أحكام اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٦٨، ورقة بحثية مقدمة الى مؤتمر التحكيم الدولى بالقاهرة سنة ١٩٩٢، والمشار إليها سابقا فى ص ص ٧ - ٨.

وعلى الرغم من وجود تشابه كبير بين نظامى تحديد مسئولية الناقل البحرى فى كل من اتفاقية هامبورج والقانون المصرى، إلا أنه يلاحظ أن تحديد المسئولية عن التأخير تمت معاملته بطريقة مختلفة. ذلك أن المادة ٣/٢٤٠ من قانون التجارة البحرى تنص على أنه "ولا يجوز أن يزيد مبلغ التعويض الذى يحكم به على الناقل فى حالة التأخير فى تسليم البضائع أو جزء منها على الحد الأقصى للتعويض المنصوص عليه فى (الفقرة ١) من المادة ٢٣٣ من هذا القانون". وبناء على ذلك، فإن القانون المصرى يقرر للتعويض عن التأخير فى تسليم البضائع نفس الحدود القصوى المستحقة عن الهلاك أو التلف. أى أن المشرع ارتأى معاملة التأخير فى التسليم معاملة الهلاك أو التلف من حيث الحد الأقصى للتعويض الذى يلتزم به الناقل البحرى فى مواجهة الشاحن أو صاحب الحق فى البضاعة (٨٩). وهذا الموقف من جانب المشرع المصرى ينبئ عن الحرص فى اعتبار الضرر الناشئ عن التأخير فى التسليم لا يقل فى الأهمية عن الضرر الناشئ عن هلاك البضاعة أو تلفها. أما اتفاقية هامبورج فلم تعامل التأخير فى التسليم معاملة الهلاك أو التلف الذى يحصل للبضاعة من حيث الحد الأقصى للتعويض من المسئولية، حيث تربط الاتفاقية الدولية بين تحديد التعويض عن التأخير والأجرة المستحقة عن البضائع المنقولة، إذ أن تحديد الحد الأقصى للتعويض عن التأخير يكون بمرتين ونصف للأجرة المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة،

---

(٨٩) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ٧٨؛ الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ١٤٤؛ الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ١١٤ – ١١٥.

وبشرط عدم تجاوز مبلغ التعويض لمجموع أجرة النقل المستحقة الدفع بموجب عقد النقل البحرى للبضائع (٩٠).

والواقع أن معاملة المشرع المصرى للتأخير عن التسليم معاملة الهلاك أو التلف الذى يصيب البضائع من حيث الحد الأقصى للتعويض الذى يلتزم به الناقل يكشف بوضوح عن حماية أعمق للشاحنين من تلك التى تقضى بها اتفاقية هامبورج والتى تجعل الحد الأقصى للتعويض مرتبطا بأجرة النقل. فمشرعنا المصرى أراد مساواة الأضرار الناشئة عن التأخير فى التسليم بالأضرار المتعلقة بهلاك البضائع أو تلفها من حيث الحد الأقصى للتعويض، ذلك أن التأخير فى التسليم – فى نظر مشرعنا – قد يؤدى الى إلحاق أضرار بالشاحن لا تقل خطورة عن الأضرار التى تصيب البضاعة ذاتها. وعليه، فإن القانون المصرى يخلع على الشاحنين حماية أوسع من تلك التى تقررها اتفاقية هامبورج، إذ يضمن لهم الحصول على تعويض يعادل الحد الأقصى الممنوح فى حالتى الهلاك والتلف مما يؤكد على ضرورة وصول البضاعة فى موعدها – سواء فى تجارة الاستيراد أو التصدير – وبصفة خاصة ومصر تمر بمرحلة هامة من مراحل نموها الاقتصادى.

ولقد تضمن القانون البحرى المصرى وكذلك اتفاقية هامبورج نصوصا تقضى بسقوط حق الناقل فى تحديد المسئولية فى حالة اقتران سلوك الناقل أو تابعيه بالخطأ الإرادى Wilful Misconduct. فلقد نصت المادة ٢٤١ من قانون

---

(٩٠) أنظر المادة ١/٦ (ب) من قواعد هامبورج، المشار إليها سابقا، الجريدة الرسمية العدد ٢٥، فى ص ١٣٢١. وأنظر فى التعليق على هذه المادة الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى ....، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ٥٢.

التجارة البحرى على أنه "لا يجوز للناقل التمسك بتحديد مسئوليته عن هلاك البضائع أو تلفها أو تأخير تسليمها إذا ثبت أن الضرر نشأ عن فعل أو امتناع صدر منه أو من نائبه أو من أحد تابعيه بقصد إحداث ضرر أو بعدم اكتراث مصحوب بإدراك أن ضررا يمكن أن يحدث" (٩١).

وهذا النص مأخوذ عن نص المادة الثامنة من اتفاقية هامبورج، والتى تقرر سقوط الحق فى تحديد التعويض من المسئولية إذا اقترن سلوك الناقل أو سلوك تابعيه بالخطأ الإرادى (٩٢). ومع ذلك فهناك اختلاف هام بين النصين (أى نص المادة ٢٤١ من قانون التجارة البحرى ونص المادة الثامنة من قواعد هامبورج). فنص القانون المصرى كان واضحا فى عدم تحديد مسئولية الناقل سواء صدر السلوك المشوب بالخطأ الإرادى عنه شخصيا أو صدر عن أحد تابعيه أو من نائبه. وبعبارة أخرى، فالناقل يعتبر مسئولا بكامل التعويض فى الحالة التى يصدر فيها الخطأ الإرادى منه شخصيا، وأيضا فى الحالة التى لا يصدر منه الخطأ الإرادى بصفة شخصية، أى إذا كان هذا السلوك الشائن صادرا عن نائب الناقل أو عن تابعيه. فالناقل مسئول مسئولية لا محدودة عن سلوك التابعين المقترن بالخطأ الإرادى (٩٣). أما اتفاقية هامبورج، فهى وإن كانت قد جعلت المسئولية غير محدودة بالنسبة

---

(٩١) أنظر فى شرح هذا النص، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ٨٠ - ٨١.

(٩٢) أنظر فى شرح المادة الثامنة من اتفاقية هامبورج، الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المرجع المشار اليه سابقا فى ص ص ٥٥ - ٥٧.

(٩٣) أنظر الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار اليه سابقا، فى ص ٨١؛ الدكتور أحمد حسنى، عقد النقل البحرى، المشار اليه سابقا فى ص ٢٠١. وغنى عن البيان أن تابعى الناقل يسألون مسئولية غير محدودة إذا صدر عنهم الخطأ الإرادى شخصيا، وهذا هو حكم المادة ٣/٢٣٥ من قانون التجارة البحرية.

للناقل الذى يقترن سلوكه بخطأ إرادى، وكذلك جعلت المسئولية غير محدودة بالنسبة لتابعى الناقل عندما يشوب سلوكهم نفس النوع من الخطأ؛ إلا أنها لم تجعل الناقل مسئولا عن أفعال تابعيه مسئولية غير محدودة. أى أنه ولو أن التابعين يسألون مسئولية غير محدودة بسبب صدور خطأ إرادى عنهم، إلا أن ذلك لا يحرم الناقل من التمسك بتحديد المسئولية فى حالة الخطأ الإرادى الصادر عن تابعيه. فكأن واضعى الاتفاقية رأوا أن الخطأ الإرادى بإعتباره سلوكا شخصيا، يتعين أن يسأل عنه مرتكبه، ولا يسأل عنه غيره (٩٤).

والحقيقة إن هذا الحكم الوارد فى نص المادة الثامنة من اتفاقية هامبورج جدير بالنقد. إذ أن الناقل البحرى هو الذى يعين وكلائه وتابعيه، فكان ينبغى أن يكون مسئولا عن أفعالهم وسلوكهم. كما أن إطلاق مسئولية التابعين أو الوكلاء فى حالة الخطأ الإرادى، مع السماح للناقل بالتمسك بتحديد مسئوليته فى هذه الحالة، يصبح لغوا من الناحية العملية، إذ لو رجع الشاحن أو صاحب الحق فى المطالبة على التابعين بكامل التعويض، فلن يعود فى أغلب الأحوال إلا وهو صفر اليدين لعدم ملاءة هؤلاء الأخيرين. أما النص المصرى فجاء أكثر دقة فى هذا الخصوص من نص المادة الثامنة من قواعد هامبورج، حيث يحرم الناقل من تحديد المسئولية حتى فى حالة صدور الخطأ الإرادى من جانب تابعيه. وهذا يشير بوضوح إلى ما يعلقه المشرع المصرى من أهمية قصوى على ضرورة اقتضاء الشاحن لكامل التعويض عن الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم من الناقل سواء فى حالة صدور

(٩٤) قارب الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى ....، البحث المشار إليه سابقا فى ص ص ١٢١ – ١٢٢؛ وقارن الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار سابقا، فى ص ص ١٥٩ – ١٦٠.

الغش أو الخطأ الإرادى منه شخصيا أو فى حالة صدوره من تابعيه، خاصة وأن الأضرار الحاصلة للبضاعة عادة ما تحصل وهى تحت يد هؤلاء الأخيرين، والقول بعدم مسئولية الناقل عن التعويض الكامل فى هذه الحالة قد يترتب عليه إفلات التابعين بسلوكهم الشائن من دفع كامل التعويض بالنظر لعدم ملاءتهم.

وعلاوة على ذلك، فلقد توسع المشرع المصرى فى معيار الضرر الحاصل والمترتب على السلوك الشائن المقترن بالخطأ الإرادى، أى الضرر الواقع بناء على الفعل أو الامتناع عن الفعل الصادر عن الناقل أو تابعيه بقصد إحداثه أو بعدم اكتراث بحصوله. إذ لا يشترط، طبقا لنص المادة ٢٤١ من قانون التجارة البحرى، أن يقيم الشاحن الدليل على اتجاه نية الناقل أو تابعيه إحداث نفس الضرر الذى تسبب فى هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها، أو عدم اكتراثهم بحصوله (٩٥). وذلك أن الشاحن يكفيه لكى يقيم الدليل على توفر الخطأ الإرادى فى جانب الناقل أو تابعيه أن يثبت فقط أنه قد كان لديهم الإدراك بإمكانية حصول أى ضرر بناء على هذا السلوك الشائن، حتى ولو لم يكن نفس الضرر الذى حاق فعلا بالبضاعة. أما اتفاقية هامبورج، فإنها اشترطت كى يستفيد الشاحن من المسئولية غير المحدودة للناقل أو للتابعين أن يثبت أن هؤلاء كان لديهم الإدراك بإمكانية حصول

(٩٥) أنظر فى نفس المعنى الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٦٠؛ وقارب الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقا فى ص ٨١.

(ذات) الضرر الذى أدى فعلا إلى هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها (٩٦).

وإذا ما أخذنا فى الاعتبار الصعوبات العميقة فى اثبات الخطأ الإرادى بوجه عام نجد أن قواعد هامبورج تزيد فى عبء الاثبات الملقى على الشاحن فى هذا الخصوص حيث تتطلب منه لكى يستفيد من عدم تحديد المسئولية أن يبرهن على إدراك الناقل بإمكانية حصول الضرر الذى لحق البضاعة بالفعل، وهو اثبات صعب من الناحية العملية وخاصة أن الشاحن لا يكون مع الناقل أو تابعيه أثناء الرحلة البحرية. أما القانون المصرى فلقد كان أرحم بالشاحن فى عبء الاثبات حيث رخص فى استفادته من التعويض غير المحدود من المسئولية إذا ما تمكن من اثبات أن السلوك الشائن للناقل أو لتابعيه كان مقترنا بالإدراك بحصول أى ضرر أو ثمة ضرر للبضائع، حتى ولو أخفق الشاحن فى التدليل على أن الناقل أو تابعيه كان يعوزهم الإدراك بحصول الضرر الذى وقع فعلا، طالما كان هناك مجال لحصول ضرر.

رابعا - المسئولية فى حالة الحريق:

تقضى المادة الرابعة من اتفاقية هامبورج بمسئولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى التسليم وذلك إذا أثبت المطالب (الشاحن مثلا) أن الحريق قد نشأ عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو

---

(٩٦) فالمادة ١/٨ من اتفاقية هامبورج تنص على أنه "لا يحق للناقل الاستفادة من تحديد المسئولية المنصوص عليها فى المادة ٦، إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم قد نتج عن فعل أو تقصير من الناقل ارتكبه بقصد التسبب فى هذا الهلاك أو التلف أو التأخير أو ارتكب عن استهتار وعلم باحتمال أن ينتج عن هذا الهلاك أو التلف أو التأخير".

وكلائـه. كما يسأل أيضا الناقل عن الهلاك أو التلف أو التأخير فـى تسليم البضائع إذا أثبت المطالب أن هذه الأضرار قد نتجت عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو مستخدميه أو وكلائه فى اتخاذ جميع التدابير التى كان من المعقول تطلب اتخاذها لاخماد الحريق وتجنب تبعاته أو التخفيف منها.

وعلى ذلك فإن اتفاقية هامبورج قد تراجعت عن فكرة مسئولية الناقل البحرى المؤسسة على الخطأ المفترض في حالة الحريق. ففى حالة حدوث أضرار للبضاعة (هلاك أو تلف أو تأخير) بسبب الحريق فلا يفترض خطأ الناقل. أى أن الأصل هو أن الناقل لا يسأل عما يترتب عن الحريق من أضرار للبضائع إلا إذا استطاع الشاحن أو صاحب الحق فى المطالبة بالبضاعة اثبات أن هذا الحريق كان ناشئا بسبب خطأ من الناقل أو إهمال منه أو من تابعيه أو وكلائه (٩٧). وبعبارة أخرى، فلقد قلبت الاتفاقية عبء الاثبات فى حالة حدوث أضرار للبضاعة بسبب الحريق فجعلته على الشاحن، وفى نفس الوقت أتاحت للناقل التخلص من المسئولية إذا أخفق الشاحن فى تقديم الأدلة على أن الأضرار الحاصلة قد وقعت بناء خطأ أو إهمال من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه فى القيام بجميع التدابير التى كان من المعقول اتخاذها لاخماد الحريق وتجنب آثاره أو التخفيف منها. ولا يثور أى شك فى صعوبة هذا الاثبات الملقى على عاتق الشاحن أو صاحب الحق فى المطالبة بالبضاعة (٩٨). فالفرض أن الشاحن لم يكن موجودا على متن السفينة للتعرف

---

(٩٧) أنظر فى هذا المعنى الدكتور، سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، فى ص ٤١.

(٩٨) أنظر فى ذلك، المستحدث فى اتفاقية هامبورج، ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الدولى بالقاهرة، والمشار إليها سابقا فى ص ٥؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار اليه سابقا فى ص ٤١.

على طبيعة الظروف التى أدت الى الحريق، ولا يتأتى له اثبات اخفاق الناقل أو تابعيه فى اتخاذ التدابير المعقولة لمقاومة الحريق، بل على النقيض من ذلك، فإن الأمر برمته فى هذه الحالة يكون بين يدى الناقل وتابعيه فهم الأقدر على معرفة دقائق ظروف حادث الحريق وفيما إذا كانت قد اتخذت الاجراءات اللازمة لمنع نشوبه أو بمكافحته بعدئذ. فلا رقابة للشاحن على الناقل من هذه الزاوية. بل الفرض أن هناك احتياطات أولية معينة يتوجب على كل ناقل اتخاذها منها مثلا ضرورة وجود أجهزة ومعدات إطفاء الحريق، وأجهزة إنذار معينة .... الخ. وعادة ما تكون هذه الاحتياطات موجودة على متن السفينة، بما يجعل اثبات الشاحن لخطأ الناقل فى هذا الخصوص شبه مستحيل، إذ أن التحقيق الذى يجرى سوف يؤدى حتما إلى استخلاص أن الناقل قد اتخذ التدابير المعقولة لمقاومة الحريق. ولعل هذا ما دعا البعض إلى القول بأن اتفاقية هامبورج تقيم إعفاء ضمنيا للناقل البحرى من المسئولية فى حالة الحريق (٩٩). والواقع أنه وإن كان من الصعب جدا إثبات مسئولية الناقل أو تابعيه أو وكلائه فى حالة الحريق، إلا أنه يجب الاحتراس فى التعبير، إذ أن اتفاقية هامبورج لم تستهدف إعفاء الناقل فى هذه الحالة، إذ أنه يكون مسئولا عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة فى حالة الحريق إذا تمكن الشاحن من الاثبات المطلوب.

ولقد كان مشروع قانون التجارة البحرى المصرى يأخذ بحكم مشابه للحكم الذى أوردته المادة الرابعة من اتفاقية هامبورج. وكانت المادة ٢/٢٢٩ من المشروع تنص على أنه "ومع ذلك لا يسأل الناقل عن الضرر الناشئ عن

(٩٩) أنظر فى هذا الرأى الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ٨٧.

الحريق إلا إذا اثبت طالب التعويض أن الحريق حدث بخطأ الناقل أو نائبه أو أحد تابعيه أو أنهم أهملوا فى اتخاذ التدابير المعقولة لإطفاء الحريق بعد نشوبه أو لمنع آثاره أو الحد منها". ومعنى ذلك أن مشروع القانون استثنى من قاعدة افتراض خطأ الناقل (والتى كان يأخذ بها) حالة الهلاك أو التلف أو التأخير الناشئ عن الحريق، وأخذ فى صددها بفكرة الخطأ الواجب الاثبات والذى يتعين على الشاحن إبرازه. ولقد عللت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون جعل الاثبات على عاتق الشاحن فى هذه الحالة بسببين "(١) أن القانون يفرض على الناقل اتخاذ تدابير للوقاية من الحريق والغالب ألا يقتصر الناقل عليها وإنما يضيف إليها تدابير أخرى زيادة فى الحيطة. (٢) أن الحريق – إذا شب فى السفينة – لا يلتهم البضاعة وحدها وإنما يأتى على السفينة أيضا فيكون الناقل من ضحاياه، وقد يكون أكثرهم تأثرا به" (١٠٠).

أما القانون البحرى المصرى فكان أكثر رعاية وحماية للشاحن فى حالة هلاك البضائع أو التأخير فى تسليمها فى هذه الحالة. فلقد تم حذف نص المادة ٢/٢٢٩ والذى جاء فى المشروع، وظهر القانون فى ثوبه النهائى خاليا تماما من هذا الاستثناء والخاص بالحريق. ومعنى ذلك أن الناقل فى ظل قانوننا الجديد أصبح مسئولا عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى وصولها فى الموعد المحدد أو المعقول حتى ولو كان سبب ذلك هو الحريق. فلم يعد الشاحن مكلفا بإثبات تخلف أو تقاعس الناقل عن اتخاذ التدابير المعقولة لإتقاء الحريق وما نشأ عنه من خسائر للبضاعة، وإن كان ما زال عليه عبء اثبات خطأ الناقل والمتمثل فى تخلفه عن تحقيق النتيجة المرجوة، ألا وهى توصيل

---

(١٠٠) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون البحرى، فقرة ١٥٩.

البضاعة سالمة وبحالتها، ولا يمكن للناقل أن يدفع مسئوليته، حتى فى حالة الحريق، إلا بإثبات السبب الأجنبى. ولا شك أن فى ذلك حماية أكبر للشاحن المصرى، إذ بمجرد هلاك البضاعة أو تلفها أو تأخرها يمكن أن تثور المسئولية، وينتقل عبء اثبات نفيها إلى الناقل. وبعبارة أخرى، أصبح الناقل فى ظل القانون الجديد ضامنا لسلامة البضاعة تطبيقا للمادة ١/٢٢٧ حتى فى حالة الحريق.

خامسا – الاعلان عن طبيعة البضاعة والمصلحة فى المحافظة عليها قبل الشحن:

تضمن قانون التجارة البحرى نصا لا قرين له فى اتفاقية هامبورج هو نص المادة ٢٣٤، والذى يقضى بأنه "لا يجوز للناقل التمسك فى مواجهة الشاحن بتحديد المسئولية إذا قدم الشاحن بيانا قبل الشحن عن طبيعة البضاعة وقيمتها وما يعلق على المحافظة عليها من أهمية خاصة وذكر هذا البيان فى سند الشحن ويعد البيان المذكور قرينة على صحة القيمة التى عينها الشاحن للبضائع إلى أن يقيم الناقل الدليل على ما يخالفها". ومن ثم إذا قام الشاحن بتقديم بيان عن طبيعة البضاعة وقيمتها إلى الناقل مع ضرورة المحافظة عليها، وتم إدراج ذلك فى سند الشحن، فإن الناقل لا يستفيد من تحديد المسئولية الوارد فى المادة ٢٣٣ من قانون التجارة البحرى ويلتزم بدفع كامل القيمة (المعلنة) لهذه البضائع إلى الشاحن فى حالتى الهلاك أو التلف. وعليه، فإن المشرع المصرى اعترف بمصلحة الشاحن فى اتخاذ الإجراء بالإعلان عن قيمة البضاعة المشحونة حتى لا يقع تحت طائلة مبدأ تحديد

المسئولية (١٠١). وعادة ما يكون للشاحن مصلحة فى هذا الإعلان فى حالة نقل البضائع ذات الطبيعة الخاصة كالبضائع النادرة مثل اللوحات الفنية أو الأشياء الثمينة أو القطع الأثرية أو الأجهزة الدقيقة (كالأجهزة الطبية أو الهندسية مثلا)، وغيرها. ويتعين على الشاحن كى يستفيد من المسئولية غير المحدودة للناقل فى هذه الحالة أن يقدم بيانا عن طبيعة البضاعة المشحونة وقيمتها قبل إجراء الشحن، وأن يدرج هذا الإعلان فى سند الشحن نفسه (١٠٢)، وذلك حتى يتمكن الناقل من اتخاذ الوسائل اللازمة للعناية بالبضاعة والمحافظة عليها ووضعها فى المكان الملاءم فى السفينة، أو رفض القيام بعملية النقل إن لم يكن فى استطاعته المحافظة على البضاعة بالكيفية التى تم الإعلان عنها.

ويلاحظ أن المشرع المصرى – إمعانا فى حماية الشاحن – قد أتاح له المطالبة بالتعويض عن قيمة البضاعة كما أعلنها فى سند الشحن، وليس فقط على أساس قيمتها الحقيقية، إذ قد تكون للشاحن مصلحة فى إعلان قيمة للبضائع بأعلى من قيمتها الحقيقية (١٠٣)، لا سيما إذا كانت هذه البضائع أو الأشياء المشحونة تمثل له – بجانب قيمتها المادية – قيمة معنوية أيضا. ومن ثم فإن الناقل لا يلتزم فقط بالتعويض عن القيمة الحقيقية أو الفعلية

---

(١٠١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٧٩.

(١٠٢) أنظر فى شروط تطبيق المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرية، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ١٤٨ – ١٤٩.

(١٠٣) أنظر فى هذا المعنى، المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٦٤.

للبضائع، وإنما يكون التعويض على أساس القيمة المعلنة، ولو كانت الأخيرة أعلى من القيمة الحقيقية.

كما أقام النص قرينة قانونية على صحة القيمة المعلنة والتى حددها الشاحن للبضائع، بحيث يلتزم الناقل بالتعويض عنها كاملة دون التمسك بتحديد المسئولية. لكن المشرع قدر أن الشاحن قد يبالغ، فى بعض الأحوال، فى تقدير القيمة المعلنة للبضائع، فأتاح للناقل فرصة اثبات عكس البيان المقدم من الشاحن. وبعبارة أخرى، فالقرينة المستفادة من صحة البيان المقدم من الشاحن عن قيمة البضاعة هى قرينة بسيطة يجوز للناقل اثبات عكسها، حيث أن الشاحن هو الذى قام بتقدير هذه القيمة بطريقة جزافية (١٠٤)، ولا يمكن التحقق من هذه القمية إلا بتقديرها بمعرفة خبراء متخصصين فى مثل النوعية المشحونة من البضائع، ومن غير المعقول إلزام الناقل بعمل هذا التقدير لما فيه من إرهاق له، أو لأنه قد يؤدى إلى رفضه القيام بالنقل، فكان الحل هو السماح بهذا النوع من النقل مع الترخيص للناقل بإثبات عكس القيمة المعلنة فى جميع الأحوال (١٠٥).

ويذهب البعض إلى أنه على الرغم من أن اتفاقية هامبورج لم تتضمن نصا مماثلا لنص المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرى المصرى والخاص بالإعلان عن المصلحة فى المحافظة على البضائع، إلا أنها تضمنت نصا يفضى إلى نفس النتيجة، وهو نص المادة ٤/٦ من الاتفاقية والذى يقضى بأنه

---

(١٠٤) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار اليه سابقا فى ص ٧٩.

(١٠٥) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية فقرة ١٦٤.

"يجوز بالإتفاق بين الناقل والشاحن تعيين حدود للمسئولية تتجاوز الحدود المنصوص عليها فى الفقرة (١)" (١٠٦) . كما يذهب البعض الآخر إلى نص المادة ٢/٢٣ من ذات الاتفاقية يؤدى أيضا إلى نفس النتائج التى يقود إليها نص المادة ٢٣٤ من القانون المصرى، حيث تقضى المادة ٢/٢٣ من قواعد هامبورج بأنه "خلافا لأحكام الفقرة ١ من هذه المادة للناقل أن يزيد من مقدار مسئوليته والتزاماته بموجب هذه الاتفاقية". وهذا ما يفيد "أن الإعلان الصريح الوارد فى سند الشحن بالقيمة الحقيقية للبضائع المشحونة وطبيعتها يعد اتفاقا بين الشاحن والناقل على تحمل هذا الأخير الأعباء الناشئة عن هذا الاعلان ولو كانت تجاوز الحدود المقررة للمسئولية والواردة فى المادة السادسة من الاتفاقية" (١٠٧).

ونحن نتفق مع هذين الرأيين من أن كلا من المادتين ٤/٦ و٢/٢٣ من اتفاقية هامبورج يتضمنان امكانية الاتفاق على تشديد مسئولية الناقل البحرى، إلا أننا لا نتفق معهما فى أن هذين النصين يتماثلان مع نص المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرى. ذلك أن تشديد مسئولية الناقل البحرى وفقا لنصى المادة ٤/٦ و٢/٢٣ من قواعد هامبورج لا يتم إلا بناء على تراض بين الناقل والشاحن، أما النص الوارد فى القانون المصرى فمفاده أن الشاحن بمفرده وبمجرد إعلانه عن قيمة البضائع يجعل الناقل ملتزما بهذه القيمة، طالما قبل الناقل القيام بالنقل. وبعبارة أخرى، فالناقل لا يناقش مع الشاحن القيمة المعلنة

---

(١٠٦) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ١٤٩ - ١٥٠.

(١٠٧) أنظر الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى .....، المشار إليه سابقا فى ص ١٢٣.

للبضائع، إذا قرر قبول النقل، حيث يكون أمر تحديد هذه القيمة بالإرادة المنفردة للشاحن. أضف إلى ذلك أن النصوص الخاصة بالتشديد الاتفاقى لمسئولية الناقل والواردة فى اتفاقية هامبورج لا تمنع الناقل، فى مقابل تشديد مسئوليته وحرمانه من التمسك بالحدود القصوى للتعويض، من إضافة رسم إضافى يتحمله الشاحن مع أجرة النقل، بل عادة ما يقوم الناقل بفرض رسم أو أجرة إضافية على الشاحن فى هذه الحالة. أما نص المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحرى فلم يعلق حصول الشاحن على كامل التعويض عن القيمة المعلنة للبضائع على حصول الناقل على أى رسم إضافى. ولا شك أن النص المصرى، أكثر حماية للشاحن.

المطلب الثانى
مظاهر تفوق القانون البحرى المصرى على قواعد هامبورج فى الحماية الإجرائية للشاحنين

لا يمكن لصاحب الحق الموضوعى اقتضاء حقه بدون توفر حماية إجرائية تسهل له السبيل الى ذلك، وفى أسرع وقت ممكن. ولقد تضمنت كل من اتفاقية هامبورج، وكذلك قانون التجارة البحرى قواعد إجرائية عديدة سواء بمناسبة رفع دعوى المسئولية أو توجيه المطالبات إلى الناقل أو التحكيم البحرى؛ هذه القواعد فى مجموعها جاءت الى حد بعيد فى صف الشاحنين. فعلى سبيل المثال توسعت كل من الاتفاقية الدولية والقانون المصرى فى الخيارات المكانية المتاحة للشاحن كى يقيم دعوى المسئولية أمام جهة القضاء المختصة فى أحد هذه الأماكن. كما يبطل أى اتفاق يسلب المدعى الحق فى هذا الاختيار [١٠٨].

[١٠٨] وفى ذلك تنص المادة ٢٤٥ من قانون التجارة البحرية على أنه "ترفع الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر إلى المحكمة المختصة وفقا لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويجوز أيضا حسب اختيار المدعى أن ترفع الدعاوى المذكورة إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها ميناء الشحن أو ميناء التفريغ أو الميناء الذى حجز فيه على السفينة. ويقع باطلا كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضى بسلب المدعى الحق فى هذا الاختيار أو تقييده". وأنظر فى شرح هذا النص، الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٨٧ – ٩٠؛ وأيضا الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٨٠ – ١٨١. وأنظر نص المادة ٢١ من اتفاقية هامبورج والذى يعالج نفس المسألة، وفى شرح هذه المادة. أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٧٦ – ٧٩.

واشتملت أيضا كل من الاتفاقية الدولية، وقانون التجارة البحرى على نص يعطى للأطراف حق اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات.وفى هذا الخصوص يكاد يتماثل النص الوارد فى قواعد هامبورج مع النص المصرى من حيث الأماكن التى يجوز الاتفاق على التحكيم فيها، وعلى الحماية الممنوحة للشاحن من حيث إلزام المحكمين بالفصل فى المنازعة طبقا لقواعد القانون البحرى أو الاتفاقية بحسب الأحوال، وإبطال أى اتفاق سابق على نشأة النزاع من شأنه أن يسلب المدعى هذا الحق (١٠٩).

ومع ذلك تبقى، فى نطاق القواعد الإجرائية، بعض الاختلافات بين نصوص قواعد هامبورج ونظيرها فى القانون المصرى، وبصفة خاصة ما تعلق منها بالإجراءات التى يتعين على الشاحن اتخاذها فى مواجهة الناقل عند حصول الهلاك أو التلف أو التأخير فى التسليم، وأيضا فى مجال تقادم دعوى المسئولية. ونحاول بيان ذلك فيما يلى.

أولا – الإجراءات التى يتعين على الشاحن اتخاذها فى مواجهة الناقل عند حصول الهلاك أو التلف.

يكون الناقل مسئولا عن الهلاك أو التلف الذى يصيب البضاعة، إلا إذا توفر سبب من الأسباب التى تبيح له دفع المسئولية أو الإعفاء منها. هذه القاعدة، كما قدمنا مقررة فى كل من قواعد هامبورج وقانون التجارة

(١٠٩) أنظر نص كل من المادتين ٢٤٦ و٢٤٧ من قانون التجارة البحرية واللتين سنقوم بشرح أحكامهما فى المبحث الثانى من هذه الدراسة. وأنظر نص المادة ٢٢ من اتفاقية هامبورج والتى تقضى بأحكام تكاد تتماثل مع النصوص المصرية المقابلة؛ أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٨٠ – ٨٢.

البحرى، على اختلاف بينهما فى أساس المسئولية وطرق دفعها. ومع هذا، فلقد حرص المشرع، على ضرورة الإسراع بإنهاء المنازعات المتعلقة بالأضرار التى حصلت للبضائع، حتى لا يظل الناقل مهددا بطريقة مستمرة ولفترة طويلة من الشاحنين. ومن ثم فلقد تضمنت الاتفاقية الدولية، وكذلك القانون البحرى المصرى قواعد معينة من شأنها حث الشاحنين المضرورين أو أصحاب الحق فى المطالبة (كالمرسل إليهم) فى اتخاذ إجراءات معينة فى سبيل الرجوع على الناقل البحرى بالتعويض من المسئولية، وذلك بإخطاره بحصول الضرر المتمثل فى هلاك البضاعة أو تلفها.

ولقد كان القانون البحرى (الملغى) يقرر جزاء شديدا على مستلم البضائع إذا لم يقم بإثبات واقعة الهلاك أو التلف أو التأخير فى مواجهة الناقل فى مواعيد معينة، بحيث كان يترتب على تخلفه بإخطاره بذلك فى هذه المواعيد عدم قبول دعواه بالمسئولية (١١٠). وبعبارة أخرى، فلقد كان للناقل البحرى الدفع بعدم قبول الدعوى المرفوعة عليه إذا لم يراع مستلم البضاعة القواعد الخاصة بالإخطار عن الأضرار المدعى بحصولها. وكان يترتب على ذلك ضياع حق الشاحن أو المرسل إليه فى الحصول على

---

(١١٠) أنظر الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ١٨٣، وما بعدها. فلقد كانت المادة ٢٧٤ بحرى (ملغى) تنص على أنه "لا تسمع جميع الدعاوى على القبودان أو المؤمن بشأن الخسارة الحاصلة للبضاعة المشحونة إذا صار استلامها بدون عمل بروتستو ...." كما كانت تنص المادة ٢٧٥ من ذات القانون على أنه "تكون البروتيستات والمطالبات المذكورة لاغية إذا لم يحصل فى ظرف ثمان وأربعين ساعة ولم يعقبها رفع الدعوى فى ظرف واحد وثلاثين يوما من تاريخها". وأنظر فى شروط اعمال هذا الدفع ونطاقه، الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٣٣٢ – ٢٢٨؛ وراجع أيضا الدكتورة سيمحة القليوبى، القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٧٧ – ٢٨١.

التعويض المناسب على الرغم من حصول الضرر فعلا، وعدم تقادم دعوى المسئولية ذاتها (١١١).

أما اتفاقية هامبورج وتبعها أيضا القانون البحرى الجديد، فلقد ألغيا الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية فى حالتى هلاك البضاعة أو تلفها. فالمادة ٢٣٩ من قانون التجارة البحرى تقضى بأنه عند حصول الهلاك أو التلف للبضاعة فيتعين على مستلمها إخطار الناقل بذلك كتابة فى خلال يومى العمل التاليين لليوم الذى حصل فيه التسليم، وإلا افترض أنه قد حصل تسليمها بالحالة المثبتة فى سند الشحن، اللهم إلا إذا استطاع الشاحن بعدئذ إقامة

---

(١١١) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور البارودى، مبادئ القانون البحرى، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٨٦. ومع ذلك فلقد حاول القضاء المصرى التضييق من نطاق الدفع بعدم القبول حماية للشاحنين وللمرسل إليهم. أنظر الأحكام المشار إليها فى مؤلف الدكتور البارودى، السابق، فى ص ص ١٨٦ - ١٨٨. وأيضا حرصت محكمة النقض على عدم تطبيق هذا الدفع عند توافر شروط تطبيق معاهدة سندات الشحن، أنظر الطعن رقم ٣٠٤ سنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١١، موجود فى أحمد حسنى، قضاء النقل البحرى (١٩٨٠) فى ص ص ٤٩ - ٥٠. ومع ذلك قارن بعض الأحكام الأخرى التى تتشدد فى إعمال هذا الدفع، حيث ذهبت بعض الأحكام الى أن الاحتجاج المنصوص عليه فى المادة ٢٧٤ هو شرط أساسى لقبول الدعوى، وليس لمجرد اثبات العجز أو التلف الذى لحق بالبضاعة، أنظر الطعن رقم ١٠٣٥ سنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٨؛ كذلك فلقد حكم بأنه لا يكفى لصحة الاحتجاج مجرد إرساله الى الناقل فى خلال المدة المنصوص عليها فى المادة ٢٧٤ بحرى وإنما يتعين فوق ذلك اثبات تسليمه إليه، أنظر الطعن رقم ٨٠٨ سنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥ (هذان الحكمان مشار إليهما فى كتاب الدكتور أحمد حسنى، ملحق قضاء النقض البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٥١ - ٥٢. وأنظر فى الشرط الجوهرى وأثره على الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية: الدكتور هشام صادق، التعليق على أحكام محكمة النقض فى مسائل القانون البحرى (١٩٨٥ - الدار الجامعية)، فى ص ص ١٦٧ - ٢١٣. وأنظر بحث الدكتور أحمد حسنى، الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية على الناقل البحرى - مجلة الأكاديمية العربية للنقل البحرى، المجلد (١٠)، العدد ٢٠، (١٩٨٥).

الدليل على غير ذلك، هذا فى حالتى الهلاك الكلى أو التلف الظاهر. أما إذا كان الهلاك جزئيا أو التلف غير ظاهر فإنه يجوز تقديم الإخطار خلال الخمسة عشر يوما التالية للتسليم. على أنه لا يلزم تقديم الإخطار إذا تمت معاينة البضاعة وتم إثبات حالتها عند التسليم إما بحضور الناقل أو نائبه ومن تسلم البضاعة (١١٢).

وتتضمن المادة (١٩) من قواعد هامبورج حكما مقاربا للحكم الوارد فى قانون التجارة البحرى فى هذا الخصوص، حيث يتعين حصول الإخطار عن الهلاك أو التلف الظاهر فى فى موعد لا يتجاوز يوم العمل التالى للتسليم. أما إذا لم يحصل الإخطار فى الموعد المحدد، فتقوم قرينة على أن البضائع قد تم تسليمها بحالتها. أما فى حالتى الهلاك الجزئى والتلف غير الظاهر فيتعين عمل الإخطار خلال خمسة عشر يوما. وعلى أى الأحوال، لا يترتب على عدم حصول الإخطار إنشاء دفع بعدم القبول لصالح الناقل البحرى (١١٣).

على أنه وإن كان هناك شبه اتفاق بين نص المادة ٢٣٩ بحرى، ونص المادة ١٩ من قواعد هامبورج، إلا أن هناك فارقا، ولو أنه فارق بسيط، إلا

---

(١١٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون البحرى، فقرة ١٦٧. ومع ذلك فلقد انشأ القانون البحرى الجديد دفعا بعدم قبول دعوى المسئولية فى حالة التأخير حيث لا يستحق الشاحن أو المرسل إليه أى تعويضات إذا لم يحصل اخطار كتابى بحصول التأخير خلال ستين يوما من تاريخ التسليم. أنظر المادة ٤/٢٤٠ من قانون التجارة البحرية، وأيضا أنظر المذكرة الايضاحية لمشروع القانون، فقرة ١٦٨.

وأنظر كذلك الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى المشار إليه سابقا فى ص ص ١٩٦ – ٢٠٠.

(١١٣) أنظر الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٧١ – ٧٢.

أنه على درجة كبيرة من الأهمية. ذلك أن المشرع المصرى ضاعف المدة التى يجب حصول الاخطار خلالها، فجعلها يومين من أيام العمل التالية ليوم التسليم، بدلا من يوم عمل واحد كما هو مقرر فى اتفاقية هامبورج (١١٤). ومما لا شك فيه أن إطالة المدة إلى يومين بدلا من يوم واحد يمثل حماية أوسع للشاحنين أو للمرسل إليهم، حيث تتاح لهم فرصة أكبر وفسحة من الوقت لفحص البضاعة وتحديد الهالك أو التالف منها لإخطار الناقل به، وبصفة خاصة عندما تكون البضاعة المنقولة والمسلمة من كميات كبيرة، ويستغرق تحديد التالف منها بعض الوقت، حتى ولو تعلق الأمر بتلف ظاهر.

ثانيا – تقادم دعوى المسئولية

عالجت كل من المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرى، والمادة ٢٠ من قواعد هامبورج مسألة تقادم دعوى المسئولية التى يمكن إقامتها فى مواجهة الناقل البحرى. ومرة أخرى نجد التشابه الكبير بين تنظيم هذه المسألة فى كل من تشريعنا الوطنى والاتفاقية الدولية المذكورة، فنجد أن مدة التقادم فى كليهما أصبحت عامين. وهذه مدة أطول مما كان يقررها كل من القانون البحرى الملغى ومعاهدة سندات الشحن، حيث كانت مدة التقادم فى كليهما سنة واحدة.

---

(١١٤) ومن ثم فإن الاتفاقية الدولية تتبنى فى هذا الخصوص حكما أشد من القانون المصرى. أنظر فى ذلك الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ١٩٦. وفى معنى مقارب أنظر الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ١٧٥ – ١٧٦، ١٧٨.

وتبدأ مدة التقادم فى القانون البحرى الجديد "بمضى سنتين من تاريخ تسليم البضائع أو من التاريخ الذى كان يجب أن يتم فيه التسليم" (١١٥). كما تقضى اتفاقية هامبورج ببدء هذه المدة "من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو جزء منها، أو فى حالات عدم تسليم البضائع، من آخر يوم كان ينبغى أن يسلمها فيه". (١١٦)

وهذه المدة تعتبر كافية لحماية الشاحنين، لأن مدة التقادم المحددة بعام واحد والتى كانت تنص عليها معاهدة سندات الشحن والقانون البحرى الملغى لم تكن فى الحقيقة كافية(١١٧)، مما كان يؤدى فى أحيان كثيرة إلى عدم امكانية حصول الشاحن أو المرسل إليه على التعويض بسبب تقادم دعواه بمرور عام. ثم إن زيادة مدة التقادم إلى سنتين فى كل من اتفاقية هامبورج والقانون البحرى الجديد لا يخل بالتوازن فى العلاقة بين الناقل والشاحن، إذ من شأن هذه المدة المحافظة على حقوق الشاحن لفترة أطول، مع الحرص

---

(١١٥) أنظر المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرية الجديد.

(١١٦) أنظر المادة ٢/٢٠ من اتفاقية هامبورج.

(١١٧) أنظر فى تقادم دعوى المسئولية فى ظل القانون البحرى الملغى: الدكتور على البارودى، مبادئ القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ١٨٩ - ١٩٠، وأنظر أيضا فى شرح المادة (٢٧١) من القانون البحرى (الملغى) الدكتورة سميحة القليوبى، القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٨١ - ٢٨٢. وأنظر فى تقادم دعوى المسئولية فى ظل معاهدة سندات الشحن، الدكتور البارودى، المشار إليه فى ص ٢٣٣، والدكتور مصطفى طه، القانون البحرى المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٤٣ - ٣٤٧. ويلاحظ أن الفارق الجوهرى بين القانون البحرى الملغى ومعاهدة سندات الشحن هو بدء مدة التقادم، فبينما تبدأ هذه المدة - وفقا المعاهدة المذكورة - من تاريخ تسليم البضاعة أو من التاريخ الذى كان يجب فيه التسليم، أما فى القانون المصرى، فإن بدء المدة يكون من يوم وصول السفينة، أنظر الدكتور البارودى، المرجع السابق، فى ص ٢٣٣.

على إنهاء المنازعات المتعلقة بالنقل البحرى فى وقت سريع حتى لا تتراكم الدعاوى على الناقل (١١٨).

ومع هذا نجد بعض الاختلافات بين التقادم الذى قرره القانون البحرى المصرى، وذلك الذى جاءت به اتفاقية هامبورج (١١٩) . هذه الاختلافات ولو أنها جزئية، إلا أنها تؤكد مرة أخرى حماية أوسع للشاحنين وللمرسل إليهم من جانب القانون المصرى.

فمن ناحية أولى، نجد أن النص الوارد فى اتفاقية هامبورج يقضى بتقادم أى دعوى تتعلق بنقل البضائع إذا لم تتخذ اجراءات التقاضى أو (التحكيم) خلال مدة سنتين من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو جزء منها .... بينما نجد أن النص المصرى يقضى بسريان التقادم عند عدم اتخاذ أى إجراء من اجراءات التقاضى، دون ذكر للتحكيم. ومن ثم فإنه طبقا لاتفاقية هامبورج إذا تضمن عقد النقل البحرى شرط التقديم للتحكيم، ولم تتخذ اجراءاته خلال سنتين، فمعنى ذلك تقادم أى دعوى ترفع مثلا لإجبار الناقل على التقديم للتحكيم أو لإنعاذ اتفاق التحكيم أو لإجبار الناقل مثلا على تنفيذ حكم التحكيم (إذا كانت العملية التحكيمية بدأت هى الأخرى بعد مرور عامين). أما النص المصرى فلقد جاء، كما قدمنا، خاليا من الإشارة إلى التحكيم، واقتصر فقط على الإشارة على أن التقادم يسرى على الدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحرى بمرور عامين دون اتخاذ اجراءات رفع الدعوى

---

(١١٨) أنظر المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية، فقرة ١٧٢.

(١١٩) وفى هذه الاختلافات، أنظر الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ١٨٩ - ١٩٢.

مثلا أو القيام بأى اجراء من شأنه قطع مدة التقادم. وعليه، إذا تضمن عقد النقل البحرى شرطا يقضى بتقديم المنازعات التى تنشأ عنه الى التحكيم، ومر عامان دون اتخاذ اجراءات التحكيم، فلا ينقضى حق الشاحن فى الإلتجاء إلى التحكيم، كما لا ينقضى حقه فى اتخاذ بعض الاجراءات القضائية كالدعوى التى تقام على الناقل مثلا لانفاذ الاتفاق على التحكيم أو لإجبار الناقل على تنفيذ حكم المحكم، حتى بعد مرور عامين. وإغفال المشرع لسريان مدة التقادم القصير على التحكيم، ينم عن فهم وتقدير للتحكيم باعتباره وسيلة غير قضائية لفض المنازعات؛ وبصفة خاصة، أن وقتا طويلا قد ينقضى فى مفاوضات غير علنية بين الطرفين، وخاصة فى الشحنات الضخمة، قبل البدء فى اتخاذ اجراءات التحكيم. ولا شك أن هذه حماية أوسع يوفرها القانون المصرى للشاحن بحيث لا يعدم كل الوسائل اللازمة لاقتضاء حقه فى التعويض (١٢٠).

وسن ناحية ثانية، فإن مدة التقادم القصير تنطبق فى اتفاقية هامبورج على "أية دعوى تتعلق بنقل بضائع". ومعنى ذلك أن نطاق التقادم القصير يتسع ليشمل أى دعوى ترفع على أساس هذه الاتفاقية طالما كانت بسبب نقل البضائع، وهذا يشمل جميع الدعاوى التى ترفع من الشاحن على الناقل أو العكس أوتلك التى ترفع من الشاحن على الناقل أو العكس أو تلك التى ترفع من الغير، وسواء كان أساس رفع الدعوى هو الخطأ العقدى أم الخطأ

---

(١٢٠) ومع ذلك، فإن الدكتور هانى دويدار يذهب عكس هذا الرأى حيث يرى أن أحكام التقادم تسرى سواء تم رفع الدعوى أمام القضاء أو اتفق على إحالتها إلى التحكيم. أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٢٠١.

التقصيرى. أما نص المادة ٢٤٤ من قانون التجارة البحرى فهو يقضى بأن "تنقضى الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع .....". ومعنى ذلك – فى رأينا – أن نطاق التقادم القصير ينحصر فى أسباب الدعاوى العقدية أو التى أساسها الخطأ العقد الناشئ عن عقد نقل البضائع. أما الدعاوى المؤسسة على الخطأ التقصيرى فلا يشملها النص [١٢١].

ومن ناحية ثالثة، فإن نص المادة ٢/٢٠ من اتفاقية هامبورج يقضى بأن مدة التقادم تسرى "من يوم قيام الناقل بتسليم البضائع أو بتسليم جزء منها ....". أما النص الوارد فى قانون التجارة البحرى فيقضى ببدء هذه المدة من "تاريخ تسليم البضائع ...". وعليه، فهناك فارق هام بين النصين. ذلك أنه طبقا لقواعد هامبورج يمكن أن تبدأ مدة التقادم حتى ولو قام الناقل بتسليم جزء من البضائع، ولا شك أن فى ذلك خطورة كبيرة على الشاحن حيث قد يستغرق اتمام التسليم لكل البضاعة وقتا طويلا، بينما تكون مدة التقادم قد بدأت منذ تسليم جزء من هذه البضاعة، مما قد يؤدى الى إهدار حق الشاحن فى التمتع بمدة السنتين لإقامة دعوى المسئولية. أما القانون المصرى، فلقد تفادى هذه الانتقادات وجعل بدء احتساب مدة التقادم من تمام حصول التسليم لكل البضاعة. وفى ذلك حماية أكبر للشاحنين حتى لا تضيع عليهم المدة التى يجوز خلالها إقامة دعوى المسئولية [١٢٢].

---

(١٢١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المرجع السابق، فى ص ٢٠٢.

(١٢٢) أنظر فى معنى قريب، الدكتور بهجت قايد، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا، فى ص ١٩٠

وأخيرا، فلقد تفوق النص المصرى على النص الوارد فى اتفاقية هامبورج فى صدد الأسباب التى من شأنها قطع مدة التقادم (١٢٣). ذلك أن قواعد هامبورج لم تذكر إلا سببا وحيدا بقطع التقادم وهو قيام الشاحن بتوجيه إعلان كتابى إلى الناقل يتضمن المطالبة. أما نص المادة ٢/٢٢٤ من قانون التجارة البحرية فلقد توسع فى حماية الشاحن بتقرير العديد من الأسباب التى تؤدى إلى قطع التقادم وهى:

١ – خطاب مسجل بعلم الوصول.

٢ – تسليم المستندات المتعلقة بالمطالبة.

٣ – ندب خبير لتقدير الأضرار.

٤ – الأسباب الأخرى المقررة فى القانون المدنى.

---

(١٢٣) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٢٠١ – ٢٠٢.

المبحث الثانى
شل فعالية قواعد المسئولية فى القانون البحرى الجديد عن حماية الشاحن المصرى

تمهيد وتقسيم:

رأينا فى المبحث الأول من هذه الدراسة أن المشرع المصرى، ولو أنه قد اقتبس الكثير من قواعد هامبورج، والتى تستهدف بالدرجة الأولى حماية الشاحنين، إلا أنه – وفى مواضع كثيرة – لم ينقل هذه القواعد نقلا حرفيا، بل تفوق عليها فى أسلوب وأبعاد الحماية التى قرر إسباغها على الشاحنين. لكن هذه الحماية المرجوة للشاحن المصرى والتى كرسها تشريعنا الوطنى أصابها الشلل بسبب نفاذ قواعد هامبورج، فأصبحت معطلة عن السريان فى مجال النقل البحرى الدولى للبضائع، وذلك بسبب اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية الدولية الجديدة (قواعد هامبورج)، مما يترتب عليه إهدار الغايات التى كان مشرعنا الوطنى يستهدف تحقيقها وهى إضفاء أكبر قدر من الحماية على الشاحنين، تفوق حتى ما تم إقراره فى هامبورج. بل إنه يثور شك فى إضفاء الحماية على الشاحنين فى النقل الساحلى، حيث أن المشرع نفسه عطل هذه الحماية فى أحيان كثيرة كما سنرى. أضف إلى ذلك أن الحماية التى حاول المشرع الوطنى اسباغها على الشاحنين بمقتضى المادة ٢٤٧ بحرى فى حال اللجوء إلى التحكيم البحرى لفض المنازعات قد تتعطل فى أحيان معينة سوف نناقشها من خلال هذا المبحث أيضا. وعليه، يمكن تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: انعكاسات نفاذ اتفاقية هامبورج على نطاق تطبيق القانون البحرى المصرى الجديد.

المطلب الثانى: مدى حماية الشاحنين المصريين فى النقل البحرى الداخلى.

المطلب الثالث: امكانية تعطيل فاعلية الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٤٧ بحرى عند الاتفاق على تقديم المنازعات للتحكيم.

المطلب الأول
انعكاسات نفاذ اتفاقية هامبورج على نطاق تطبيق القانون البحرى المصرى الجديد

أصبحت اتفاقية هامبورج نافذة على المستوى الدولى بعد اكتمال العدد اللازم من تصديقات الدول عليها. كما صدر قرار وزير الخارجية المصرى بنفاذ قواعد هذه الاتفاقية فى مصر. وبهذا، فإن النقل البحرى الدولى فى مصر سيكون محكوما بأحكام قواعد هامبورج، وذلك فى النطاق المحدد لها، وهو - كما سنرى - نطاق واسع للغاية، مما يؤثر إلى أبعد الحدود على النطاق الذى يتعين أن تسرى فيه قواعد قانون التجارة البحرى الجديد.

أولا: اتساع نطاق تطبيق اتفاقية هامبورج لتحكم بطريقة استئثارية النقل البحرى الدولى فى مصر:

عالجت المادة الثانية من اتفاقية هامبورج النطاق الذى تسرى عليه قواعدها فيه. وتنص هذه المادة على أن:

"١ - تسرى أحكام هذه الاتفاقية على جميع عقود النقل البحرى بين دولتين مختلفتين:

(أ) إذا كان ميناء الشحن المنصوص عليه في عقد النقل البحرى واقعا فى دولة متعاقدة، أو

(ب) إذا كان ميناء التفريغ المنصوص عليه فى عقد النقل البحرى واقعا فى دولة متعاقدة، أو

(جـ) إذا كان أحد موانئ التفريغ الاختيارية المنصوص عليها فى عقد النقل البحرى هو الميناء الفعلى للتفريغ وكان هذا الميناء واقعا فى دولة متعاقدة، أو

(د) إذا كان صدور سند الشحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحرى قد تم فى دولة متعاقدة، أو

(هـ) إذا كان منصوصا فى سند الشحن، أو الوثيقة الأخرى المثبتة لعقد النقل البحرى على أن يخضع العقد لأحكام هذه الاتفاقية أو لقانون اصدرته أى دولة لانفاذ هذه الأحكام.

٢ – تسرى أحكام هذه الاتفاقية دون اعتبار لجنسية السفينة، أو الناقل، أو الناقل الفعلى، أو الشاحن، أو المرسل إليه، أو أى شخص من أصحاب الشأن.

٣ – ....

٤ – ...." (١٢٤).

ويتضح من هذا النص أن النقل البحرى، لكى يخضع لأحكام الاتفاقية، يجب أن يكون دوليا وفقا للمفهوم الذى حددته المادة الثانية منها، بشرط أن يكون ميناء الشحن أو التفريغ المنصوص عليه فى عقد النقل البحرى واقعا فى دولة متعاقدة، أو إذا كان ميناء التفريغ الاختيارى واقعا فى دولة متعاقدة، أو إذا صدر سند الشحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحرى فى احدى الدول المتعاقدة، وأخيرا، إذا نص فى سند الشحن على خضوع النقل لأحكام

(١٢٤) المادة الثانية من اتفاقية هامبورج، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ سنة ١٩٩٢، فى ص ص ١٣١٧ – ١٣١٨.

الاتفاقية، أو لقانون أصدرته أى دولة لانفاذ هذه الأحكام. كما يلاحظ أيضا أن أحكـــام الاتفاقيـة تسرى دون اعتداد بجنسية ذوى الشأن فى عقد النقل البحرى [١٢٥].

فمن ناحية أولى، تقضى الاتفاقية بسريان أحكامها على النقل البحرى الدولى للبضائع دون النقل البحرى الداخلى. فقواعد هامبورج تنطبق على النقل البحرى بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين، ولا مجال لانطباقها على النقل البحرى للبضائع الذى يقع بين ميناءين تابعين لدولة واحدة حتى ولو كانت هذه الدولة طرفا فى الاتفاقية [١٢٦]. وتطبيقا لذلك، فلا تنطبق أحكام الاتفاقية على النقل البحرى بين ميناءين مصريين (على الرغم من أن مصر دولة مصدقة على الاتفاقية)، وذلك بالنظر إلى فقدان الصفة الدولية للنقل بالمعنى الجغرافى الذى حددته الاتفاقية.

والاتفاقية، وإن اشترطت ضرورة حصول النقل بين ميناءين مختلفين، إلا أنها لم تشترط أن يكون هذان الميناءان تابعين لدولتين متعاقدتين.

---

(١٢٥) أنظر فى شرح نطاق تطبيق قواعد هامبورج بحث الدكتور هشام على صادق، بعنوان: نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ والتشريع البحرى الجديد لسنة ١٩٩٠ فى شأن عقود نقل البضائع بحرا، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة - الاسكندرية عن التحكيم، تحت رعاية مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى (أكتوبر ١٩٩٢)، وبصفة خاصة فى ص ص ٣ - ١٤ (من البحث المشار إليه).

(١٢٦) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق، بعنوان نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ... فى ص ٥؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٢٦.

ومع هذا، فإن الاتفاقية وضعت بعض الضوابط لهذا السريان المكانى الذى حددته، هذه الضوابط فى مجموعها تشير غلى ضرورة ارتباط النقل، فى الأغلب الأعم من الحالات، بإحدى الدول المتعاقدة. وعند تخلف أحد هذه الضوابط، فإنه ينبغى لكى تسرى قواعد الاتفاقية، أن تنصرف إرادة الأطراف إلى ذلك. وبعبارة أخرى، فإن اتفاقية هامبورج قد اعتنقت، وعلى غرار بروتكول ١٩٦٨ المعدل لمعاهدة سندات الشحن، ما يعرف بالشرط الجوهرى أو شرط بارامونت Paramount Clause.

وأول هذه الضوابط التى تؤدى إلى تطبيق قواعد هامبورج هو وقوع ميناء الشحن المذكور فى عقد النقل البحرى فى إحدى الدول المتعاقدة (١٢٧). فبمجرد كون ميناء الشحن المنصوص عليه فى العقد واقعا فى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية، تعين تطبيق أحكام هذه الأخيرة بطريقة تلقائية، بغض النظر عما إذا كان ميناء التفريغ يقع هو الآخر فى دولة متعاقدة أخرى. وتطبيقا لذلك إذا كان ميناء الشحن المذكور فى سند الشحن هو ميناء الاسكندرية فى مصر (ومصر دولة متعاقدة)، وكان ميناء التفريغ هو ميناء (مرسيليا) فى فرنسا (وفرنسا دولة غير متعاقدة)، وجب إخضاع النقل لأحكام قواعد هامبورج.

---

(١٢٧) المادة ١/٢ (أ) من اتفاقية هامبورج وفى تطبيق ذلك على دولة المغرب بإعتبارها دولة طرف فى الاتفاقية، أنظر مقالة:

Hassania CHERKAOUT, Portée Juridique et économique des Rèlges de Hambourg ..

المقالة المشار إليها سابقا فى مجلة القانون البحرى الفرنسى العدد ٥٢٤، (١٩٩٣) وبصفة خاصة فى ص ١٣٣.

أما الضابط الثانى الذى يؤدى إلى سريان أحكام قواعد هامبورج، فهو أن يكون ميناء التفريغ المذكور فى عقد النقل البحرى واقعا فى إحدى الدول المتعاقدة [١٢٨]. وتطبيقا لذلك، إذا كان ميناء التفريغ المنصوص عليه فى العقد هو ميناء الاسكندرية فى مصر، وكان الشحن قد بدأ من ميناء جنوة بإيطاليا، فإنه يتعين تطبيق قواعد هامبورج على هذا النقل على الرغم من أن ميناء الشحن المذكور فى العقد تابع لإيطاليا، وهى دولة غير متعاقدة.

أما الضابط الثالث الذى يؤدى إلى سريان الاتفاقية بطريقة تلقائية فهو النص فى عقد النقل البحرى على عدة موانئ اختيارية للتفريغ، فإذا كان أحد هذه الموانئ هو الميناء الفعلى للتفريغ، وكان هذا الميناء واقعا فى دولة متعاقدة، كان من المتعين سريان قواعد هامبورج [١٢٩]. ومثال ذلك أنه إذا تم شحن بضاعة من ميناء مرسيليا فى فرنسا (وهى دولة غير طرف فى الاتفاقية)، وكان مذكورا فى سند الشحن إمكانية حصول التفريغ إما فى ميناء جنوة فى إيطاليا، أو فى ميناء بيريه فى اليونان (وكل من إيطاليا واليونان ليسا طرفين فى الاتفاقية)، أو فى ميناء الاسكندرية فى مصر، فإنه يتعين تطبيق قواعد هامبورج على هذا النقل، فى هذا المثال، إذا حصل التفريغ فى ميناء الاسكندرية، باعتبار أن هذا الميناء الأخير، وهو ميناء التفريغ الفعلى واقعا فى دولة طرف فى الاتفاقية. أما لو حصل تفريغ البضاعة، فى هذا المثال أيضا فى ميناء بيريه مثلا، فلا تنطبق قواعد هامبورج.

---

(١٢٨) المادة ٢/١ (ب) من اتفاقية هامبورج. وراجع فى تطبيق ذلك على المغرب مقالة CHERKAOUI السابق الإشارة إليها، فى ص ١٣٤.

(١٢٩) المادة ٢/١ (جـ) من اتفاقية هامبورج.

أما الضابط الرابع، فهو مجرد صدور سند الشحن البحرى، أو أى وثيقة أخرى يكون من شأنها اثبات عقد النقل البحرى للبضائع فى إحدى الدول المتعاقدة [١٣٠]. ومن ثم ، فلا يشترط فى هذه الحالة – لسريان قواعد هامبورج – أن يكون أى من ميناءى الشحن أو التفريغ واقعا فى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية، إذ يكفى (صدور) سند الشحن فى أى دولة متعاقدة. ومثال ذلك، صدور سند الشحن فى مصر، وحصول النقل بين طرابلس فى ليبيا ومرسيليا فى فرنسا (وكل من ليبيا – بإعتبارها الدولة التى يتبعها ميناء الشحن – وأيضا فرنسا – بإعتبارها الدولة التابع لها ميناء التفريغ – ليستا دولتين طرفين فى الاتفاقية). وعليه، فلا يشترط – لسريان أحكام قواعد هامبورج – حصول النقل بين دولتين متعاقدتين، بل ولا يشترط أن تكون إحدى هاتين الدولتين طرفا فى الاتفاقية إذ يمكن تطبيق هذه القواعد بمناسبة حصول النقل بين دولتين كلتاهما ليستا طرفين فى اتفاقية هامبورج، لمجرد صدور سند الشحن فى دولة ثالثة متعاقدة، حتى ولو لم ترتبط هذه الدولة الأخيرة – مكانيا – بعملية النقل البحرى ذاتها. ولا شك أن فى ذلك توسعة كبيرة لسريان أحكام قواعد هامبورج.

أما الضابط الأخير الذى يمكن على أساسه تطبيق قواعد هامبورج، فهو إدراج شرط فى سند الشحن أو فى أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحرى يقضى بسريان هذه القواعد أو بسريان أحد التشريعات الوطنية التى تأخذ بها. ومعنى ذلك أنه على افتراض غياب أحد الضوابط الأربعة السابقة اللازم وجودها لإعمال قواعد الاتفاقية، فإنه تظل مع ذلك هناك فرصة لتطبيق هذه

---

(١٣٠) المادة ١/٢ (د) من اتفاقية هامبورج.

القواعد فيما لو اتفق الأطراف على الأخذ بها فى شرط يتم وضعه فى سند الشحن أو فى أية وثيقة أخرى مثبتة للعقد، أو بالإحالة إلى قانون يأخذ بهذه القواعد (١٣١). وهذا ما يعرف بالشرط الجوهرى، والذى سبق لبروتكول عام ١٩٦٨ تقريره.

وبصفة عامة، فلنا على نص المادة الثانية من قواعد هامبورج ملاحظتان:

أما الملاحظة الأولى، فهى أن نطاق التطبيق المكانى لاتفاقية هامبورج أوسع كثيرا مما كانت تقرره معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤، مع بروتكولها المعدل لعام ١٩٦٨. ذلك أن معاهدة سندات الشحن – قبل تعديلها – كانت تقضى بسريان أحكامها على كل سند شحن صدر فى إحدى الدول المتعاقدة، مع الأخذ فى الاعتبار ضرورة اتصاف النقل بالدولية، أى أن يكون بين مينائين تابعين لدولتين مختلفتين، على أن تكون إحدى هاتين الدولتين – على الأقل – طرفا فى المعاهدة (١٣٢). ولا شك أن نطاق التطبيق الذى حددته هذه المعاهدة نطاق ضيق إذ كان يفلت من هذا النطاق النقل بين دولتين طرفين فى المعاهدة، إذا لم يصدر سند الشحن فى دولة متعاقدة، إو إذا لم ينتم كل من الشاحن والناقل بجنسيتهما إلى إحدى الدول المتعاقدة. صحيح إن بروتكول عام ١٩٦٨ قد توسع فى النطاق الذى تسرى فيه المعاهدة، بحيث أصبح من الممكن أيضا إعمال أحكامها إذا كان النقل قد بدأ

---

(١٣١) المادة ١/٢ هـ من اتفاقية هامبورج.

(١٣٢) راجع فى شروط تطبيق معاهدة بروكسل قبل تعديلها ببروتكول عام ١٩٦٨، الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠٠ – ٣٠١.

من ميناء تابع لدولة متعاقدة، حتى ولو لم يصدر سند الشحن فى هذه الدولة، كصدوره مثلا فى دولة غير طرف فى المعاهدة، كما أصبح من الممكن تطبيق المعاهدة - بعد تعديلها - إذا وضع الأطراف شرطا فى سند الشحن يفضى إلى الأخذ بها أو تطبيق تشريع وطنى يأخذ بأحكامها، وذلك كله دون اعتداد بجنسية الشاحن أو الناقل أو المرسل إليه، أوجنسية السفينة (١٣٣).

وعلى الرغم من التوسعة التى أصابت نطاق تطبيق معاهدة سندات الشحن بعد تعديلها عام ١٩٦٨، إلا أن تطبيقها، مع هذا، لم يكن استئثاريا فى مجال النقل البحرى الدولى للبضائع، إذ كانت الفرصة مواتية لتطبيق أحكام القانون المصرى (الملغى) على هذا النوع من النقل فى الفروض التى لا تشملها المعاهدة. خذ مثلا الفرض الذى تشحن فيه بضاعة من دولة غير طرف فى المعاهدة، ويكون ميناء التفريغ هو أحد الموانئ المصرية (١٣٤)، وهو فرض عملى كثير الوقوع، وبصفة خاصة أن مصر دولة شاحنين، تعتمد فى جانب كبير من تجارتها على الاستيراد من الخارج. ففى هذا الفرض الأخير، كان من الممكن القول بتطبيق قواعد القانون البحرى (الملغى) على النقل الدولى للبضائع، إذ لم يرد ما يدل على رغبة المشرع المصرى فى قصر نطاق تطبيق هذه القواعد على النقل الداخلى.

---

(١٣٣) راجع فى شروط تطبيق معاهدة سندات الشحن بعد تعديلها عام ١٩٦٨، الدكتور مصطفى طه، القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠١ - ٣٠٢.

(١٣٤) فى نفس المعنى، أنظر الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج لسنة ١٩٧٨ ....، البحث المشار إليه سابقا، فى ص ٨.

أما بعد نفاذ قواعد هامبورج، فلقد بات من الصعب جدا، بل ويكاد يكون من الفروض المستحيلة تصور تطبيق القانون البحرى المصرى الجديد على النقل الدولى البحرى للبضائع (١٣٥). فالأسس التى يمكن بمقتضاها تطبيق قواعد هامبورج تشمل بطريقة استئثارية أى نقل بحرى للبضائع من أو إلى مصر. فقواعد هامبورج، كما اسلفنا، يتعين تطبيقها إذا كان أحد الموانئ المصرية هو الميناء المذكور فى عقد النقل، وسواء كان هذا الميناء هو ميناء الشحن أو ميناء التفريغ، يستوى فى ذلك أن يكون الميناء الآخر الذى سيتم تصدير البضاعة إليه (أى ميناء التفريغ) أو الميناء الذى يحصل استيراد البضاعة منه (أى ميناء الشحن) تابعا أو غير تابع لدولة طرف فى اتفاقية هامبورج. بل إن قواعد هامبورج تسرى حتى فى الحالة التى لا يتم فيها الشحن من مصر، وحتى فى الحالة التى لا يكون فيها أحد الموانئ المصرية مذكورا فى سند الشحن فى مصر أو فى أى دولة متعاقدة، وذلك إذا تم التفريغ (فعلا) فى مصر (وكان الميناء المصرى الذى تم فيه التفريغ) هو أحد الموانئ (الاختيارية) المنصوص عليها فى عقد النقل البحرى.

والحقيقة أن سريان قواعد هامبورج على النقل البحرى للبضائع فى مصر بناء على أى ضابط من الضوابط الأربعة الأولى التى ذكرتها المادة ١/٢ من اتفاقية هامبورج أصبح يثير التساؤل عن جدوى الشرط الجوهرى الذى قد يتفق فيه كل من الناقل والشاحن على الأخذ بقواعد هامبورج، أو أى قانون يأخذ بأحكامها؟ فى الواقع إنه لن يكون من المتصور أن يحرص أى من الشاحن أو الناقل على وضع هذا الشرط فى عقد النقل البحرى، إذ أن

---

(١٣٥) فى معنى مقارب، أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق بعنوان نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج، فى ص ٩.

قواعد هامبورج سوف تتطبق بطريقة تلقائية على (جميع) عقود النقل البحرى للبضائع من مصر إلى الخارج أو بالعكس. ومن ثم فلا يوجد أى تأثير لوجود أوعدم وجود الشرط الجوهرى فى عقد النقل البحرى للبضائع فى تجارة التصدير أو الاستيراد فى مصر، إذ أن قواعد هامبورج سوف تتطبق بأسلوب تلقائى [١٣٦].

على أنه وإن اختفت الفائدة التى يمكن أن يعول الأطراف عليها عند وضع الشرط الجوهرى فى عقد النقل البحرى من أو إلى مصر، إلا أن ذلك لا يعنى عدم جدوى الضابط الخاص بتطبيق قواعد هامبورج بناء على الشرط الجوهرى (م ١/٢ هـ) صفة عامة، وإلا أفضى ذلك إلى القول بأن المادة ١/٢ هـ من قواعد هامبورج تمثل لغوا، وهو ما ننزه عنه المشرع الدولى. إنما يمكن القول بأن تطبيق قواعد هامبورج بناء على الشرط الجوهرى تظهر أهميته فى النقل البحرى للبضائع فى الفروض التى لا يكون فيها أى من ميناءى الشحن أو التفريغ واقعا فى إحدى الدول المتعاقدة، ولم يصدر سند شحن فيها. يكون ذلك فى حالة النقل بين دولتين غير متعاقدتين، مع تخلف صدور سند شحن فى أى دولة متعاقدة؛ هنا يمكن لطرفى عقد النقل وضع شرط بمقتضاه يتم الأخذ بأحكام الاتفاقية. ومثال ذلك حصول النقل بين ميناءى بيريه فى اليونان وجنوة فى ايطاليا مع صدور سند الشحن فى إحدى هاتين الدولتين أو فى دولة ثالثة ليست طرفا فى اتفاقية هامبورج، واتفاق الشاحن والناقل على الأخذ بقواعد هامبورج. فىهذا المثال، لولا وجود الشرط الجوهرى، لما كان هناك محل لتطبيق قواعد هامبورج. وبعبارة

---

[١٣٦] فى نفس المعنى، أنظر الدكتور هشام صادق، فى بحثه بعنوان نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ....، المشار إليه سابقا، فى ص ص ٨ – ٩.

وجيزة، تنحصر أهمية الشرط الجوهرى بالنسبة للنقل الواقع بين دولتين غير طرفين فى اتفاقية هامبورج، لأن النقل الذى تكون فيه أحد الدول الأطراف فى الاتفاقية المذكورة بمثابة ميناء الشحن أو التفريغ أو مكان صدور سند الشحن تنطبق عليه قواعد هامبورج دون الحاجة إلى اشتراط ذلك بين طرفى عقد النقل.

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان إعمال الشرط الجوهرى والمؤدى إلى تطبيق قواعد هامبورج يتم بناء على إعمال فكرة السريان الذاتى أو التلقائى للإتفاقية أم أنه لا يعدو أن يكون سريانا اتفاقيا أى تطبيقا لقانون الإرادة؟ تظهر أهمية الإجابة عن هذا التساؤل فى أنه لو اعتبرنا أن سريان الاتفاقية اتفاقيا أى بناء على قانون الإرادة، فمعنى ذلك خضوع عقد النقل البحرى للقواعد الموضوعية الواردة فى ٢الاتفاقية، دون قواعد الإجراءات، أما لو اعتبرنا السريان تلقائيا، فإنه يتعين تطبيق قواعد الاتفاقية سواء ما تعلق منها بالموضوع أو بالإجراءات.

وهناك اتجاه جدير بالتقدير يذهب إلى أن مجرد توفر الشرط الجوهرى - فى الحالة محل النقاش - يؤدى إلى سريان اتفاقية هامبورج تلقائيا أو بناء على قوتها الذاتية، ذلك أن المادة الثانية من هذه الاتفاقية لم توجد أى نوع من التفرقة فى تطبيق أحكامها بناء على أى من الضوابط الخمسة التى نصت عليها كأساس للتطبيق. فلا فرق بين أن يتم تطبيق الاتفاقية مثلا بناء على صدور سند الشحن فى إحدى الدول المتعاقدة، أو بناء على وجود أى من ميناء الشحن أو التفريغ فى إحدى هذه الدول، أو أخيرا، بناء على اتفاق

الأطراف على تطبيقها. والشرط الجوهرى - كغيره من الضوابط الأخرى التى ذكرتها المادة الثانية من الاتفاقية - يؤدى إلى ضرورة إعمال الاتفاقية "بمالها من قوة سريان ذاتى، وفور تحقق شروط هذا الانطباق كما حددته الاتفاقية ذاتها، وهو اتفاق أطراف العقد على ذلك" (١٣٧).

والحقيقة أننا لم نكن لنتردد فى تأييد الاتجاه السابق لو أن دعوى المسئولية التى يرفعها الشاحن مثلا ستكون أمام جهة اختصاص قضائى تابعة لأحد الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج. ولكن فى الفرض الذى نحن بصدده فإن الشرط الجوهرى المذكور فى العقد ينصرف إلى نقل بين ميناءى دولتين غير طرفين فى الاتفاقية، ومع هذا أراد طرفا العقد إخضاعه لقواعد هامبورج بناء على شرط اتفاقى بينهما. هنا الشاحن - عادة - سيقيم دعوى المسئولية فى أحد الأماكن التى عينتها المادة ٢١ من اتفاقية هامبورج وهى إما ميناء الشحن أو ميناء التفريغ، أو المحل الرئيسى لعمل الناقل أو محله المعتاد، أو مكان إبرام العقد بشرط وجود محل عمل أو فرع أو وكالة للمدعى عليه فيه، أو أى مكان آخر يعينه الأطراف لنظر النزاع. هذه الأماكن الاختيارية التى قررها النص ستقع - فى فرضنا - فى الأغلب الأعم من الأحوال فى جهة اختصاص قضائى تابعة لإحدى الدول غير الأطراف فى هامبورج. وعليه، فإن المحكمة المختصة التى قد تقع فى أى من ميناءى الشحن أو التفريغ ستكون حتما فى دولة غير طرف فى الاتفاقية، بإعتبار أن النقل فى فرضنا يتم بين دولتين غير متعاقدتين. أما بالنسبة لمكان عمل الناقل الرئيسى أو محله المعتاد، فإن المحكمة المختصة التى تقع فى هذا المكان

---

(١٣٧) أنظر الدكتور هشام صادق، البحث السابق، فى ص ٨.

ستكون فى الأغلب – فى الفرض الذى نعالجه – فى دولة غير طرف فى الاتفاقية باعتبار أن الدول الأطراف – حتى الآن – هى من دول الشاحنين، إنما ذلك لا يمنع أن يكون للناقل البحرى مكان أو محل عمل رئيسى فى أحد هذه الدول الأطراف، لكن هذا سيكون من قبيل الصدفة البحتة. كذلك ليس من الفروض الغالبة – وفى نقل يتم بين ميناءين لدولتين غير طرفين فى الاتفاقية – أن يكون ابرام العقد فى دولة متعاقدة يكون للناقل فيها فرع أو وكالة أو محل عمل وأبرم العقد عن طريقها، وذلك إن حدث، فهو لا يشكل فرضا شائعا. والنتيجة التى نستخلصها من كل الافتراضات السابقة هى أنه إذا حصل النقل البحرى بين ميناءى دولتين غير طرفين فى الاتفاقية، فإن هذا النقل لا يمكن بحسب الأصل إخضاعه لقواعد هامبورج، وإن جاز للأطراف الاتفاق على ذلك بمقتضى الشرط الجوهرى؛ وفى هذه الحالة فإن دعوى المسئولية المرفوعة ستكون – كما رأينا – أمام جهة اختصاص قضائى لدولة غير متعاقدة، فى الأغلب من الحالات. هنا من الصعب القول بأن القاضى الأجنبى – فى محكمة تابعة لدولة غير متعاقدة – سيلتزم بتطبيق قواعد هامبورج بطريقة تلقائية بناء على فكرة الإعمال الذاتى للاتفاقية، ولكن الأوفق القول بأن هذا القاضى سيقوم بتطبيق هذه القواعد التى انصرفت إليها إرادة الأطراف بإعتبارها قانون الإرادة الواجب تطبيقه على عقد النقل البحرى. ومع هذا، فإن الفرض الوحيد الذى يمكن فيه القول بإمكان تطبيق الاتفاقية تطبيقا تلقائيا – بناء على توفر الشرط الجوهرى فى عقد النقل – يكون فى حالة رفع دعوى المسئولية أمام جهة اختصاص قضائى تابعه لإحدى الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج. ويحصل ذلك عندما يعين الأطراف – عند وضع الشرط الجوهرى - فى العقد مكانا معينا لاقامة دعوى المسئولية

بحسب ما تقضى به المادة ٢١/ء من قواعد هامبورج، ويتصادف أن يكون هذا المكان في إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية. هنا - فقط - يمكن القول بأن هذا القاضى الجالس فى محكمة تابعة لإحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية، عليه تطبيق قواعدها بطريقة ذاتية أو تلقائية بالنظر إلى أن دولته عليها التزام دولى بتطبيق كل الأحكام الواردة فيها، سواء ما تعلق منها بالموضوع أو بالإجراءات.

أما الملاحظة الثانية، التى نوردها على نص المادة الثانية من اتفاقية هامبورج، فهى عدم اشتراطها أن يكون أى من الشاحنين أو الناقل، أو الناقل الفعلى أو المرسل إليه أو أى شخص من ذوى الشأن تابعين بجنسياتهم إلى أى دولة من الدول المتعاقدة فى الاتفاقية المذكورة [١٣٨].

وتطبيقا لذلك فإن النقل البحرى للبضائع الذى يحصل مثلا بين شركة نقل فرنسية وشاحن برازيلى، ويكون ميناء التفريغ هو ميناء الاسكندرية فى مصر، فإن هذا النقل يخضع لأحكام اتفاقية هامبورج على الرغم من أن كلا من الشاحن والناقل لا ينتميان بجنسيتهما إلى إحدى الدول الأطراف فى الاتفاقية المذكورة.

---

(١٣٨) أنظر المادة ٢/٢ من اتفاقية هامبورج. وأنظر فى شرح هذه الفقرة من المادة الثانية: الدكتور هشام صادق، بحثه فى نطاق تطبيق أحكام اتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨، المشار إليه سابقا فى ص ١٢؛ الدكتور سعيد يحيى، مسئولية الناقل البحرى ....، المشار إليه سابقا، فى ص ٢٧.

أضف إلى ذلك أن اتفاقية هامبورج لا تشترط لسريان أحكامها تمتع السفينة التى يحصل عليها النقل بجنسية دولة أى من الشاحن أو الناقل أو تمتعها هى نفسها بجنسية إحدى الدول المتعاقدة. فمثلا النقل البحرى الذى يحصل على متن سفينة ذات جنسية فرنسية وتحمل العلم الفرنسى ويكون فيه ميناء التفريغ هو الاسكندرية فى مصر، فإنه يخضع لأحكام الاتفاقية، على الرغم من أن السفينة لا تتمتع بجنسية أى دولة طرف فى الاتفاقية. فمعيار تطبيق قواعد هامبورج، هو إذا معيار مكانى بالدرجة الأولى لأنه يكون إما بناء على كون أى من ميناءى الشحن أو التفريغ أو ميناء صدور سند الشحن تابعا لإحدى الدول المتعاقدة، أو بناء على الشرط الجوهرى عند تخلف المعيار المكانى.

ويترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية وهى أن نطاق تطبيق قواعد هامبورج على النقل الدولى للبضائع هو نطاق شامل واستئثارى لأنه يغطى جميع الفروض التى يحصل فيها هذا النقل من الموانئ الأجنبية إلى مصر، أو من أى ميناء مصرى إلى أى ميناء أجنبى. ولا شك أن هذه النتيجة تثير التساؤل عن نطاق تطبيق قانون التجارة البحرى المصرى الجديد، وهل يقتصر هذا النطاق على النقل البحرى الداخلى، دون النقل الدولى؟ وإن كان الأمر كذلك، فهذا مما لا شك فيه يعطل الحماية التى جاءت بها قواعد هذا القانون والتى رأينا أنها أوسع كثيرا من الحماية التى قررتها اتفاقية هامبورج نفسها.

ثانيا – هل ينحصر تطبيق قواعد القانون التجارى البحرى فى نطاق النقل الداخلى دون النقل الدولى البحرى للبضائع؟

لم يرد فى صلب قانون التجارة البحرى الجديد ما يشير إلى أن نطاق تطبيق قواعده المتعلقة بالنقل البحرى للبضائع تنحصر فى المجال الداخلى، إلا أنه، كما رأينا، فإن نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى وامتداد واتساع مجال تطبيقها على النحو الذى عالجناه قد أثر بشكل مباشر على المجال الذى يمكن أن تسرى فيه قواعد القانون المصرى الجديد. إذ لما كانت قواعد هامبورج تنطبق بالضرورة على كل نقل بحرى دولى من أو إلى مصر، فإن ذلك يؤدى إلى انحسار نطاق سريان قواعد القانون البحرى المصرى الجديد المتعلقة بنقل البضائع لتقبع فى مجال النقل الداخلى [١٣٩]، وبحيث لا تسرى هذه القواعد على النقل الدولى للبضائع، سواء كانت هذه القواعد موضوعية أم اجرائية.

ومعنى ذلك أن قواعد حماية الشاحنين الواردة فى قانوننا الوطنى، والتى استعرضنا بعض مظاهرها فى المبحث الأول من هذه الدراسة لن تجد مجالا للتطبيق فى النقل الدولى للبضائع، مما يجعل هذه الحماية لغوا لا يجد صداه العملى فى هذا القطاع الحيوى من النقل، وبصفة خاصة أن الجانب الأكبر والأخطر فى التأثير على الاقتصاد القومى هو ذلك النقل الدولى، لأن فى مثل هذا النقل الأخير تبرز الحاجة الحقيقية والماسة الى حماية الشاحنين الوطنيين، وهم الشاحنون المصريون فى مواجهة الناقلين الأجانب.

---

(١٣٩) أنظر فى ذلك الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ....، فى ص ص ١٤ – ١٥.

صحيح إنه، كما قيل، إنه مما يخفف من آثار عدم تطبيق القواعد المتعلقة بنقل البضائع فى قانون التجارة البحرى الجديد على النقل البحرى الدولى هو نفاذ اتفاقية هامبورج، وهذه الأخيرة تستهدف حماية الشاحنين، بل إن قانوننا البحرى الجديد قد استقى أحكامه من قواعد هامبورج نفسها، مما يحقق فى نهاية المطاف الأهداف التى أرادها مشرعنا، وهى حماية الشاحنين، بطريقة أو بأخرى (١٤٠).

والحقيقة أنه مما لا شك فيه أن مشرعنا الوطنى قد نقل واقتبس معظم أحكام اتفاقية هامبورج مما يخفف إلى حد ما من الآثار المترتبة على عدم تطبيق قواعد قانون التجارة البحرى على النقل الدولى للبضائع، إلا أنه يبقى مع ذلك أن الشاحنين المصريين فى هذا النوع من النقل لن يستفيدوا من الحماية الأوسع والأشمل التى جاءت فى تشريعنا الوطنى. إذ رأينا كيف أن قانون التجارة البحرى قد تفوق على قواعد هامبورج فى مواضع كثيرة، بل كان أبلغ فى الحماية التى يتعين اسباغها على الشاحنين.

وفى اعتقادنا أن مشرعنا الوطنى لم يكن فى نيته عند وضع قانون التجارة البحرى الجديد قصر قواعده على حكم النقل الداخلى دون النقل الدولى. ويمكن تأييد هذه الفكرة ببعض النصوص الواردة فى هذا القانون.

فمن ناحية أولى، فإن نص المادة ١/٢٢٧ من قانون التجارة البحرى يقضى بأن الناقل يضمن هلاك البضاعة أو تلفها إذا حصل ذلك أثناء فترة

---

(١٤٠) أنظر فى هذا المعنى الدكتور هشام صادق، البحث السابق، فى ص ١٥.

النقل البحرى. ولقد ذكرنا أن التزام الناقل بضمان سلامة البضاعة هو التزام بتحقيق نتيجة بحيث لا يمكن للناقل دفع المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى. على أن الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ تقضى بأن أحكام المسئولية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة المذكورة لا تسرى على الملاحة الساحلية بين موانى الجمهورية إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك.

وينبثق عن ذلك، أنه إذا كان المشرع يستبعد من نطاق تطبيق أحكام المسئولية المنصوص عليها فى المادة ١/٢٢٧ النقل الساحلى بين الموانئ المصرية [١٤١]، فيستفاد من هذا أن النص قد تمت صياغته أصلا لكى يكون قابلا للتطبيق على النقل الدولى للبضائع. فالمشرع المصرى كان جل هدفه إضفاء أكبر قدر من الحماية على الشاحنين فى النقل الدولى البحرى للبضائع وذلك بإقامة مسئولية الناقل على إلتزامه بتحقيق نتيجة وضمان سلامة البضائع. وبعبارة أخرى، فإن نصوص المسئولية الواردة فى قانون التجارة البحرى (م ٢٢٧) هى بطبيعتها قابلة للتطبيق على النقل البحرى الدولى حماية للشاحنين [١٤٢]، إنما هذه الحماية أصبحت، كما سبق وأن أوضحنا، محجوبة بسبب إعمال ونفاذ قواعد هامبورج.

ومن ناحية ثانية، فإن نص المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرى يمكن أن يؤيد رأينا من أن نصوص هذا القانون قد تم وضعها أصلا لكى تحكم

---

(١٤١) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ٢٦.

(١٤٢) وقارب الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، السابق الإشارة إليه فى ص ٢٦.

النقل الدولى للبضائع. فهذه المادة تنص على أنه "فى حالة الاتفاق على إحالة الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر إلى التحكيم يلتزم المحكمون بالفصل فى النزاع على مقتضى الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون بشأن العقد المذكور. ويقع باطلا كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضى بإعفاء المحكمين من التقيد بهذه الأحكام".

فهذا النص الخاص بالتحكيم يواجه الفرض الذى يتم فيه الاتفاق بين طرفى عقد النقل (الشاحن والناقل) على تطبيق قواعد قانونية أخرى غير تلك التى جاء بها قانون التجارة البحرى. فإذا كانت هذه القواعد التى اتفق عليها الأطراف تخالف القواعد الآمرة فى القانون البحرى المصرى، تعين إبطال هذا الاتفاق إذا حصل قبل نشأة النزاع، وكان من شأنه إعفاء المحكمين من التقيد بهذه القواعد الآمرة.

وليس من المعقول أن ينص المشرع على الحكم السابق إلا إذا كان يقصد انصرافه إلى الاتفاق الذى يحصل بين الشاحن والناقل فى النقل الدولى للبضائع [١٤٣]. لأنه لا جدوى من النص على هذا الحكم إذا ما تعلق الأمر بعقد نقل بحرى داخلى، والذى لا يثير مسائل تنازع قوانين؛ وحتى على افتراض أن الأطراف قد اتفقوا على تطبيق قانون أجنبى على هذا العقد، فإن "مثل هذا الاتفاق إن حدث فهو ينزل القانون المختار منزلة الشروط العقدية التى لا يجوز لها أن تخالف الأحكام الآمرة فى القانون الذى يخضع له العقد،

---

(١٤٣) أنظر فى هذا المعنى، الدكتور فريد العرينى، نقل البضائع بحرا بين معاهدة سندات الشحن وقانون التجارة البحرية المصرى الجديد ....، البحث المشار إليه سابقا فى ص ٥١.

وهو القانون المصرى بالضرورة" (١٤٤). ومن ثم فطالما كان عقد النقل البحرى داخليا فهو لن يخضع لقانون آخر غير القانون المصرى، سواء كان المشرع قد قرر ذلك الحكم فى المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرى أم لم يقرره. ويترتب على ذلك أن الحكم المقرر فى المادة المذكورة قد تم وضعه أصلا ليواجه حالة الاتفاق على التحكيم فى النقل البحرى الدولى للبضائع. إذ أن المشرع عند وضعه لهذا النص، لم يكن فى حساباته أن مجال تطبيق القانون البحرى الجديد سيكون منحصرا فى النقل الداخلى للبضائع. وبالتالى فلقد اقتبس مشرعنا نص المادة ٢٤٧ بحرى من المادة ٢٢ من قواعد هامبورج لمواجهة الفرض الذى يختار فيه الأطراف - عند الاتفاق على التحكيم - قواعد قانونية أخرى لا تؤهل الشاحن لنفس القدر من الحماية التى يخولها له القانون المصرى وتكون مخالفة للقواعد الآمرة فى هذا القانون. ومما يؤكد سلامة هذا النظر أن نص المادة ٢٤٧ بحرى ذاته، بمفهوم المخالفة، يجيز للأطراف بعد نشأة المنازعة الاتفاق بين الأطراف على إعفاء المحكمين من الالتزام بأحكام القانون المصرى، وهذا أمر لا يتصور حصوله إلا إذا تعلقت المنازعة بعقد نقل دولى بحرى، إذ لا يمكن حصول ذلك فى النقل الداخلى إلا إذا كان المحكمون مفوضون بالصلح.

والخلاصة، أن قواعد حماية الشاحنين التى جاء بها القانون البحرى المصرى الجديد هى قواعد بطبيعتها قابلة للتطبيق على النقل البحرى الدولى للبضائع؛ إذ لا يوجد فى (ذاتية) هذه القواعد ما يمنع من إعمالها على هذا النوع من النقل، سوى نفاذ قواعد هامبورج، مما أدى إلى انحسار نصوص

(١٤٤) أنظر الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ......، المشار إليه سابقا فى ص ١٥.

القانون البحرى المصرى لكى ينحصر مجال تطبيقها على النقل البحرى الداخلى.

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان قانوننا البحرى الجديد، وقد عجز عن حماية الشاحنين المصريين فى النقل الدولى للبضائع، فهل يمكنه - على الأقل - حماية هؤلاء فى النقل البحرى الداخلى؟

المطلب الثانى

مدى حماية الشاحنين المصريين فى النقل البحرى الداخلى

لما كانت قواعد حماية الشاحنين الواردة فى القانون البحرى الجديد أصبحت معطلة التطبيق فى النقل البحرى الدولى بسبب الانعكاسات الناشئة عن نفاذ قواعد هامبورج، فلا أقل من أن تقوم هذه القواعد بدورها فى حماية الشاحنين فى النقل البحرى الداخلى، وإلا أفضى ذلك إلى إمكان القول بإهدار قيمتها العملية فى هذا الخصوص.

ولقد أعلن المشرع المصرى صراحة فى بعض نصوص القانون البحرى الجديد عن التفرقة بين الشاحنين فى النقل الدولى والنقل الداخلى، حيث كان أكثر عطاء وحماية للشاحنين فى النقل الأول دون الثانى. وهناك العديد من الأمثلة على هذه التفرقة.

فمن ناحية أولى، نجد أن نص المادة ٢/٢٢٧ بحرى يستثنى النقل الساحلى من أحكام المسئولية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من نفس المادة، تلك التى تجعل الناقل مسئولا عن هلاك البضائع أو تلفها طالما حصل هذا الهلاك أو التلف فى المدة ما بين تسلم الناقل البضائع فى ميناء الشحن وبين قيامه بتسليمها إلى صاحب الحق عليها فى ميناء التفريغ. ومعنى ذلك أن الشاحن فى النقل الساحلى لا يمكنه الاستفادة بما قررته المادة ١/٢٢٧ من مسئولية قاسية على عاتق الناقل، إذ أن مسئولية الناقل البحرى فى هذا النوع من النقل تخضع كقاعدة للقواعد العامة فى مسئولية الناقل، إلا إذا اتفق الأطـــراف على غير ذلك وقرروا الأخذ بحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ (١٤٥) . ونعتقد أن الناقل - فى النقل الداخلى - لن يرتضى مطلقا الاتفاق على الأخذ بأحكام الفقرة الأولى من المادة المذكورة وبنظام المسئولية الذى قررته بالنظر إلى قسوة هذا النظام ومحاباته للشاحنين. وبعبارة وجيزة، فنظام مسئولية الناقل البحرى - فى النقل الساحلى - فى القانون البحرى الجديد لا يضفى حماية معينة على الشاحنين المصريين.

ومن ناحية ثانية، فالمادة ٢١٦ بحرى تقرر عدم جواز النقل على سطح السفينة - فى النقل البحرى الدولى - إلا فى أحوال معينة استثنائية وهى وجود إذن كتابى من الشاحن يرخص بهذه الكيفية فى نقل البضاعة، أو إذا اقتضت طبيعة البضاعة ذلك، أو أخيرا، إذا كان قانون ميناء دولة الشحن، أو العرف السائد بهذا الميناء يسمح بهذا النقل (١٤٦).

---

(١٤٥) أنظر الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى. المشار إليه سابقا، فى ص ١١١.

(١٤٦) أنظر المذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة البحرية فى ففرة ١٥٤.

أما فى النقل الساحلى، فإن القاعدة هى جواز السماح بالنقل على سطح السفينة دون أن يتوقف ذلك على إذن الشاحن [١٤٧]. ولا شك أن هذه ميزة كبرى يتمتع بها الناقل فى النقل الداخلى، حيث رخص له المشرع بالنقل بهذه الكيفية دون أن يكون ضامنا لهلاك البضاعة أو تلفها، وبالتالى يقع عبء إثبات إخلال الناقل بواجب المحافظة على البضاعة على الشاحن.

ومن ناحية أخيرة، فلقد حددت المادة ٢٤١ بعض الحالات التى لا يجوز فيها للناقل التمسك بتحديد مسئوليته بالحدود القصوى للتعويض عن الأضرار الحاصلة بالبضاعة والتى عينتها المادة ٢٣٣ بحرى. وأهم حالات المسئولية غير المحدودة هى حالة اتجاه قصد الناقل إلى إحداث الأضرار بالبضاعة. وبصفة خاصة، فإن المادة ٢/٢٤١ ب تفترض اتجاه نية الناقل أو تابعيه إلى إحداث الضرر إذا حصل الشحن على سطح السفينة بالمخالفة لاتفاق صريح يوجب شحنها فى عنابرها [١٤٨]. ولا شك أن هذا الفرض ينصرف إلى النقل الدولى للبضائع، لأنه فى مثل هذا النقل يستوجب المشرع الحصول على إذن كتابى من الشاحن بحصوله على سطح السفينة، وبالتالى يمكن للشاحن الحصول على تعويض كامل عن الأضرار إذا قام الناقل بشحن البضاعة على السطح بالمخالفة لاتفاق يوجب الشحن فى عنابر السفينة. ولما كان الشحن على السطح هو الأصل فى النقل الساحلى، فلا يمكن افتراض اتجاه نية الناقل

---

(١٤٧) أنظر فى نفس المعنى، الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٦٦ - ٦٧.

(١٤٨) راجع المذكرة الايضاحية، فقرة ١٦٩. وأنظر فى شرح المادة ٢٤١ بحرى، الدكتور سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه، ص ٨١.

إلى إحداث أضرار بالبضاعة عند قيامه بهذه الكيفية. ومن هنا أقام المشرع نوعا من التمييز بين كل من النقل الدولي والساحلي في حدود التعويض، بحيث ميز الشاحن في النوع الأول من النقل دون النوع الثاني.

ويتبين من مجموع النصوص السابقة أن المشرع المصري قد أقام نوعا من التفرقة بين الشاحنين في النقل الدولي للبضائع، والشاحنين في النقل الساحلي، إذ بينما أضفى حماية واسعة على الطائفة الأولى، فإنه على العكس، قد قلب الأمور بالنسبة للطائفة الثانية حيث رأى حماية الناقلين على حساب الشاحنين في النقل الساحلي.

ولعل المشرع – كان في حسبانه – وهو يقيم التفرقة في الحماية بين هاتين الطائفتين من الشاحنين تشجيع الاستثمار والتجارة البحرية في مصر. فلا غرو، ومصر دولة شاحنين، أن تنصرف إرادة الشارع إلى حماية هذه الطائفة في النقل البحري الدولي الذي يسوده التنافس، بالزيادة من التدخل التشريعي لفرض سياج من الحماية للشاحنين في مواجهة الشركات الكبرى للنقل البحري، ومعظمها شركات أجنبية، وذلك كله صيانة للاقتصاد القومي في تجارة التصدير والاستيراد. أما في النقل الداخلي، فلقد رأى المشرع أن الأولى بالرعاية والحماية هو الناقل وليس الشاحن، فلا ينطبق نظام المسئولية الصارم والوارد في المواد ٢٢٧ وما بعدها على الناقل في هذا النوع الأخير من النقل، وذلك تشجيعا للناقلين على الاستثمار البحري واستغلال السفن ودعما لبناء أسطول تجاري وطني.

المطلب الثالث

امكانية تعطيل الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٢٤٧ بحرى عند الاتفاق على تقديم المنازعات للتحكيم:

رأينا أن المادة ٢٤٧ من قانون التجارة البحرى تقضى بأنه فى حالة اتفاق الأطراف فى عقد النقل البحرى على إحالة منازعاتهم الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم، فعلى المحكمين الفصل فى المنازعة حسب القواعد الآمرة والواردة فى قانون التجارة البحرية المصرى، ويبطل أى اتفاق يحصل بين الأطراف قبل نشأة النزاع ويكون من شأنه إعفاء المحكمين من التقيد بهذه الأحكام (١٤٩).

ومن القواعد الآمرة فى القانون البحرى المصرى الجديد والتى لا يجوز للأطراف مخالفتها، القاعدة التى تجعل الناقل ضامنا لتوصيل البضاعة والمحافظة عليها، بحيث لا يمكنه دفع مسئوليته إلا بإبراز السبب الأجنبى(١٥٠). ومن ثم يكون باطلا اتفاق الأطراف على الأخذ بقواعد أخرى تخفف من التزامات الناقل فى المحافظة على البضاعة.

---

(١٤٩) أنظر بحث الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق القانون البحرى الجديد .....، البحث المشار إليه سابقا، والمنشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى المجلد ٤٥، فى ص ص ١٣ – ٢٢؛ الدكتور فريد العرينى، نقل البضائع بحرا ......، البحث المشار إليه سابقا، فى ص ص ٤٩ – ٥٢؛ الدكتور محمود سمير الشرقاوى، العقود البحرية، المشار إليه سابقا فى ص ص ٩٠ – ٩١؛ وأنظر كذلك الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى....، المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٨٧ – ١٨٨.

(١٥٠) راجع المادة ١/٢٢٧ والمادة ٢٢٩ من قانون التجارة البحرية الجديد، وراجع أيضا المطلب الأول من المبحث الأول من هذه الدراسة.

ويترتب على ذلك أن اتفاق الأطراف على الأخذ بقواعد هامبورج، أو بقانون يأخذ بأحكامها كان يتعين ابطاله وفقا لنص المادة ٢٤٧ بحرى لمخالفته للنظام العام فى مصر، وذلك لأنها تجعل التزام الناقل أخف وطأة من تلك المقررة فى القانون البحرى المصرى. على أن بطلان الاتفاق على الأخذ بهذه القواعد كان من الممكن إعماله قبل نفاذها على المستوى الدولى أما بعد نفاذها فلا يمكن القول بأن هناك مجالا للإبطال، لأنها ستصبح جزءا من النظام القانونى المصرى، بحيث لا يمكن الإدعاء بمخالفتها للنظام العام. ومن ثم فلقد كان من المتصور قبل نوفمبر ١٩٩٢، وهو تاريخ نفاذ الاتفاقية على المستوى الدولى، أن يتم إبطال اتفاق الأطراف على الأخذ بهذه القواعد أو ابطال أى اتفاق آخر على الأخذ بقانون يتبناها وذلك لمخالفتها للقواعد الآمرة فى قانون التجارة البحرية تطبيقا للمادة ٢٤٧ بحرى. وهذا إن دل على شئ فإنما يدل على أن بعض قواعد هامبورج، فى حد ذاتها، وقبل صيرورتها معاهدة دولية نافذة، تخالف فكرة النظام العام فى مصر من منظور حماية الشاحنين التى قررها المشرع المصرى بنصوص آمرة فى التشريع البحرى الجديد. ومع ذلك فإن نفاذ الاتفاقية والتزام مصر بها قد شل فعالية الجزاء المقرر فى المادة ٢٤٧ بحرى، حيث لم يعد من الممكن الإدعاء بمخالفة قواعد هامبورج للنظام العام المصرى، على الرغم من تعارضها الصارخ فى مضمون التزامات الناقل فى تلك التى قررها مشرعنا الوطنى.

بل إن مشكلة التعارض فى مضمون التزامات الناقل فى القانون البحرى الجديد وبين تلك الالتزامات التى جاءت بها قواعد هامبورج قد تظهر من خلال فرض عملى، حتى بعد نفاذ قواعد هامبورج على المستوى

الدولى، وذلك فى الفترة الانتقالية السابقة على نفاذ هذه القواعد فى مصر كمعاهدة دولية، وذلك على افتراض أن مصر قد مارست الرخصة المقررة لها فى المادة ٤/٣١ من قواعد هامبورج بإرجاء إعلان نيتها فى الانسحاب من معاهدة سندات الشحن وبروتكولها المعدل لمدة خمس سنوات، ومعنى ذلك أن هذه المعاهدة الأخيرة بتعديلها عام ١٩٦٨، سوف تظل سارية فى مصر حتى نوفمبر عام ١٩٩٧.

وكما ذكرنا سلفا فإن معاهدة سندات الشحن وبروتكولها المعدل، لهما نطاق سريان معين فى النقل البحرى الدولى للبضائع الذى يحصل بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين، وذلك إذا صدر سند الشحن فى إحدى الدول المتعاقدة، أو إذا تم الشحن من دولة متعاقدة، أو إذا حصل اتفاق بين الأطراف فى سند الشحن على الأخذ بأحكامها.

وينبنى على ذلك، أنه فى خلال هذه الفترة الانتقالية، فإنه يظل هناك محل لتطبيق أحكام قانون التجارة البحرية فى الفرض الذى لا تسرى فيه كل من معاهدة سندات الشحن وبروتكولها المعدل. ويحصل ذلك إذا كان ميناء الشحن فى الخارج (وفى دولة غير طرف فى أى من معاهدة سندات الشحن أو بروتكولها المعدل، لأنه لو كان ميناء التصدير بالخارج تابعا لدولة طرف فى أى منهما لكانت المعاهدة منطبقة بطريقة تلقائية، كما يتعين ألا يكون ميناء الشحن بالخارج تابعا لأى دولة من الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج، لأن هذه الاتفاقية تسرى بين الدول الأطراف دون أى فترة انتقالية)،

كما يتعين ألا يضمن الأطراف عقد النقل الشرط الجوهرى الذى يقضى بتطبيق معاهدة سندات الشحن.

وفى هذه الحالة، فإن أحكام قانون التجارة البحرية الجديد تكون واجبة الإعمال على المنازعات التى تثور بشأن هذا العقد، والذى يكون فيه أحد الموانئ المصرية هو ميناء التفريغ.

فى هذا الفرض إذا قلنا جدلا بأن أطراف عقد النقل البحرى اتفقوا على الأخذ بقواعد هامبورج عند تقديم منازعتهم الناشئة عنه إلى التحكيم (١٥١)، هنا يتعين على المحكمين تطبيق أحكام قانون التجارة البحرية إذا كان ثمة تعارض مع القواعد التى تضمنها الاتفاق، ويظهر هذا التعارض بصفة أساسية بين نص المادة ١/٢٢٧ بحرى مصرى مع نص المادة الخامسة من قواعد هامبورج. هنا يتعين على المحكمين الفصل فى النزاع طبقا للقانون المصرى لتعارض اتفاق الأطراف مع مقتضيات النظام العام المصرى.

هذا الفرض يكشف لنا مرة أخرى عن حقيقة جوهرية وهى أن قواعد هامبورج – فى حد ذاتها وليس على أساس اعتبارها معاهدة دولية ملزمة لمصر – تمثل فى أحد جوانبها ومن وجهة نظر مشرعنا المصرى مخالفة للنظام العام، بحيث يتعين إعمال الجزاء المقرر فى المادة ٢٤٧ بحرى فى مواجهتها، وذلك خلال الفترة الانتقالية السابقة على العمل بها كمعاهدة دولية فى مصر.

---

(١٥١) وانظر بصفة عامة فى التحكيم طبقا لقواعد هامبورج:
Jose Domingo Ray, *L'arbitrage Maritime et Les Rèlges de Hambourg*, Droit Maritine Français, (1981) PP 643 - 651.

على أنه بعد نوفمبر عام ١٩٩٧، فإن قواعد هامبورج سوف تصبح نافذة فى مصر بشكل كامل باعتبارها معاهدة دولية ملزمة لكل من القاضى والمحكم، وهذه القواعد هى التى يتعين عدم مخالفة أحكامها عند فض المنازعات (١٥٢)، بما يؤدى إلى شل فعالية الجزاء المقرر فى المادة ٢٤٧ (١٥٣)، مما يكشف عن حقيقة أساسية وهى تنازل مشرعنا عن أفكاره

---

(١٥٢) أنظر الدكتور هشام صادق، نطاق تطبيق أحكام كل من اتفاقية هامبورج ... .، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم بالقاهرة ١٩٩٢، المشار إليه سابقا فى ص ١٧. وأنظر بصفة خاصة المادة ٣/٢٢ من اتفاقية هامبورج التى تلزم المحكمين بالفصل فى النزاع طبقا لقواعدها، كما أن الفقرة الرابعة من ذات المادة (م ٢٢ من الاتفاقية) تبطل أى شرط أو اتفاق تحكيمى يكون متعارضا مع أحكام قواعد هامبورج. ومن الفروض الطريفة التى قد تطرح فى هذا الصدد: مدى جواز الاتفاق الذى يحصل بين الناقل والشاحن على الأخذ فى عقد النقل البحرى بقواعد قانون التجارة البحرية المصرى، وذلك بعد نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى بإعتبارها معاهدة سارية فى مصر، فهل يعتبر هذا الاتفاق تشديدا لمسئولية الناقل البحرى على اعتبار أن أساس مسئولية هذا الناقل أشد فى القانون البحرى المصرى منه فى قواعد هامبورج، وبالتالى يجوز الاعتداد به من هذه الزاوية ؟ أم أن هذا الاتفاق يتعين ابطاله بإعتباره مخالفا لقاعدة جوهرية فى اتفاقية هامبورج؟ فى الواقع إن مثل هذا الاتفاق جائز بإعتباره اتفاقا تشديدا لمسئولية الناقل وذلك تطبيقا للمادة ٢/٢٣ من قواعد هامبورج نفسها والتى تجيز "للناقل أن يزيد مقدار مسئوليته والتزاماته بموجب هذه الاتفاقية". أنظر فى معنى مقارب الدكتور هانى دويدار، الوجيز فى القانون البحرى، المشار إليه سابقا فى ص ١٢٧. والحقيقة أننا نشك فى أن الناقل سوف يرتضى من أساسه الاتفاق على تطبيق أحكام القانون المصرى، إذ أن قواعد هامبورج أصلح له كثيرا من قواعد القانون البحرى المصرى، وخصوصا أن الناقل هو الطرف الأقوى فى عقد النقل البحرى. وهذا مظهر آخر من مظاهر سلب فعالية قواعد قانون التجارة البحرية، حتى بإعتبارها اتفاقا على تشديد المسئولية.

(١٥٣) بل إنه يمكن شل فعالية الجزاء المقرر فى المادة ٢٤٧ بحرى، على الافتراض الجدلى بتطبيقها، وأيضا شل فعالية الجزاء المقرر فى المادة ٥/٢٢ من قواعد هامبورج والمقابلة للنص المصرى المذكور فى حالتين:

أ - حالة التحكيم فى الخارج، فإذا اتفق الأطراف فى عقد النقل البحرى على اجراء التحكيم فى الخارج، فإن هيئة التحكيم قد تحكم بصحة الاتفاق الذى توصل إليه الأطراف على الرغم من مخالفة بنوده لقواعد كل من قانون التجارة البحرية وكذا

=

= قواعد هامبورج، ومثال ذلك الاتفاق على تطبيق أحكام معاهدة سندات الشحن أو تطبيق القانون الانجليزى (وذلك بعد انتهاء الفترة الانتقالية التى يمكن أن تسرى فيه هذه المعاهدة الأخيرة). فى هذا الفرض من الصعب جدا القول بأن هيئة التحكيم المنعقدة فى لندن، مثلا سوف تبطل مثل هذا الاتفاق لمخالفته لقواعد أى من القانون البحرى المصرى أو قواعد هامبورج، ذلك أن هيئة التحكيم سوف تضع فى تقديرها أساسا اتفاق الأطراف باعتباره قانون الإرادة والذى بمقتضاه يتم حسم النزاع. ولكن تبقى مسألة تنفيذ الحكم التحكيمى، وبالذات عند طلب تنفيذه فى مصر، حيث قد يتم الدفع بإبطاله لمخالفة النظام العام. على أن هذا يفترض أن الحكم قد صدر لمصلحة الناقل والذى يطالب بالتنفيذ فى مصر ضد الشاحن، وهى حالة نادرة، لأنه عادة ما يتم إلى الإلتجاء الى التحكيم (لتقدير التعويض) الذى يستحق على الناقل بناء على مسئوليته عن هلاك البضائع أو تلفها أو التأخير فى تسليمها. ومن ثم فإن الفرض الغالب فى العمل أن يكون الشاحن هو طالب تنفيذ الحكم ضد الناقل، ولا غرابة أن يتم أيضا طلب التنفيذ فى الخارج باعتبار أن الناقل أجنبى وأمواله التى تكون عرضة للتنفيذ عليها عادة ما تكون فى خارج مصر أيضا. هنا من الصعب القول بأن تنفيذ الحكم التحكيمى الصادر فى الخارج قد يبطل عندما يطلب أيضا تنفيذه بالخارج، طالما أن دولة التنفيذ ليست إحدى الدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج. وقد يقال إن فرض التحكيم بالخارج غير وارد أصلا بالنظر إلى أن كلا من المادتين ٢٤٦ بحرى مصرى و٣/٢٢ من قواعد هامبورج تحدد للشاحن أماكن يختار من بينها مكان التحكيم، بحيث يبطل أى اتفاق سابق على نشأة النزاع يحرمه من حق الاختيار هذا، مما يجعل له دوما امكانية اختيار مصر كمكان للتحكيم، أو على الأقل فى بلد تكون طرفا فى اتفاقية هامبورج، مما لا تثور معه أصلا مشكلة التحكيم بالخارج. والواقع أنه وإن كان ذلك صحيحا، فإننا يجب أن نأخذ فى الحسبان أن نص المادة ٢٤٦ بحرى وكذلك المادة ٣/٢٢ من قواعد هامبورج وإن أعطيا الخيار للشاحن، فإنهما لا تمنعان اللجوء إلى التحكيم فى الخارج، مثال أن يختار الشاحن ميناء التفريغ أو ميناء الشحن، وقد يكون أيهما خارج مصر. والواقع أن الشاحن قد يلجأ أصلا إلى التحكيم فى الخارج بالنظر إلى شيوع وسهولة اجراء التحكيم فى بعض المراكز المتخصصة فى التحكيم البحرى، مثل التحكيم فى لندن. أنظر فى سهولة وميزات الالتجاء إلى التحكيم المؤسسى فى المنازعات البحرية

Zhang - Li - xing, Maritime Arbitration in the United States and China, Thesis, Tulane Law School (1983) U.S.A.

وبصفة خاصة فى ص ٣٤، وما بعدها. أما <u>الحالة الثانية</u> التى يمكن فيها شل فعالية النصوص الخاصة بالتحكيم فى القانون البحرى المصرى وقواعد هامبورج هى حالة التحكيم أمام المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ومقره العاصمة الأمريكية واشنطون، ويكون ذلك مثلا إذا ارتبط عقد النقل البحرى بمباشرة استثمارات معينة تقوم بها الدولة أو إحدى مؤسساتها (كاستيراد آلات معينة للمصانع أوغيرها ...). والحكم التحكيمى الصادر عن هذا المركز يتعين تنفيذه تلقائيا فى الدول المتعاقدة، ومن بينها مصر، كما لو كان حكما قضائيا نهائيا صادرا

=

الوطنية الخاصة بحماية الشاحنين، وذلك لصالح الاتفاقيات الدولية، مرجحا معيارا أكثر مرونة واتساعا لفكرة النظام العام من تلك التى تبناها فى التشريع الوطنى.

= عن إحدى محاكمها، ولا يجوز الدفع بإبطاله حتى على أساس النظام العام. ومن ثم فقد يتفق الناقل مع الشاحن والناقل على قواعد لفض منازعاتهم وهذه تخالف القانون المصرى، ومع ذلك يتعين تنفيذ الحكم الصادر من المركز رغم مخالفته للقواعد الآمرة وللنظام العام فى مصر. أنظر بحثنا التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الحقوق (اليوبيل الذهبى ١٩٩٢) فى ص ص ٦٥٤ - ٦٨٨.

وعلى أى الأحوال، ففى تصورنا أن عقود النقل البحرى بين الناقلين الأجانب والشاحنين التابعين للدول الأطراف فى اتفاقية هامبورج (عندما تكون شروط هذه الاتفاقية منطبقة) سوف يعمدون إلى عدم تضمين سندات الشحن أى شرط للتحكيم، حتى لا تثار مسألة بطلان هذا الشرط من أساسه. وإنما سوف يتم الالتجاء إلى التحكيم ببساطة شديدة بعد نشأة النزاع، حيث يستطيع الناقل فرض شروطه والتوصل إلى اتفاق حول القواعد التى على اساسها يتم الفصل فى النزاع حسب ما يراه.

خــاتمــة

تضمن قـانون التجـارة البحريـة المصـرى الجديـد نصـوصـا وقواعـد تستهدف حماية الشاحنين المصريين. هذه الحماية التى قننها مشـرعنا الوطنى مستقاة بطريقة مباشرة من قواعد هامبورج التى أصبحت نافذة على المستوى الدولى. ومع هذا فإن مشرعنا، وهو ينقل عن اتفاقيـة هامبورج، كان أحـرص على إضفاء حماية أوسع على الشاحنين أقوى مـن تلـك التـى جـاءت بهـا هـذه الاتفاقية.

ولقد أبرزنا مدى تفوق ةانوننا البحرى الوطنى على اتفاقيـة هامبورج فى حماية الشاحنين من خلال مظاهر عديدة. فمثلا رأينا أنه فى ظل قانون التجارة البحرية فإن أساس مسئولية الناقل البحرى يتمثل فـى الـتزام بتحقيـق نتيجـة، بينما هو التزام ببذل عناية فى قواعد هامبورج. ولمـا كـان أسـاس المسـئولية ينعكس على طرق دفعـها، فإنه من الأسهل على الناقل البحرى دفع مسئوليته إذا كان مضمون التزامه هو مجـرد بذل العـناية للمحافظـة علـى البضـاعـة إذ يمكنه التنصل من عواقب المسئولية حين يثبـت أنـه وتابعـيه قـد اتخـذوا كـل التدابير المعقولة لدفع المسئولية، بينما لا يمكنه دفع مسئوليته – طبقا للقـانون البحرى المصرى – إلا بـإبراز السـبب الأجنبـى. أضـف إلـى ذلـك أن قـانون التجارة البحرى المصرى تضمن الكثير من القواعد الموضـوعيـة والاجرائيـة التى تؤكد على حمايــة أوسـع للشـاحنين والتـى استعـرضنا أهـم جوانبهـا فـى المبحث الأول من هذه الدراسة.

هذه الحماية القوية والشاملة التى جاءت بها نصوص قانون التجارة البحرية الجديد أصبحت مكبلة ومعطلة بمجرد نفاذ قواعد هامبورج على المستوى الدولى، وعند بدء العمل بهذه الأخيرة فى مصر (أيا كان التاريخ الذى يبدأ فيه العمل بها، وهو سيكون حتما نوفمبر عام ١٩٩٧، على فرض أن مصر ستمارس الرخصة التى قررتها المادة ١/٣١ من اتفاقية هامبورج بعدم إعلان نيتها فى الانسحاب، وإرجاء ذلك لمدة خمس سنوات اعتبارا من بدء نفاذها علىٰ المستوى الدولى، المادة ٤/٣١). ومن ثم فإن القواعد التى تحكم مستقبل النقل البحرى الدولى فى مصر هى قواعد هامبورج، وليست قواعد القانون المصرى، ذلك أن نطاق تطبيق القواعد الأولى أصبح أعم وأشمل بحيث تسرى على كل نقل من أو إلى مصر. ولا شك أن ذلك يفضى إلى نتيجة غاية فى الخطورة وهى أن الشاحنين المصريين لن يستطيعوا الاستفادة بحال من الأحوال من الحماية القوية التى قررها المشرع الوطنى لهم فى صلب القانون الجديد، وذلك فى النقل البحرى الدولى للبضائع. فإذا ما أخذنا فى الاعتبار أيضا أن نصوص القانون البحرى الجديد - فى مجموعها لا تستهدف أصلا حماية الشاحنين فى النقل البحرى الداخلى - وهو النطاق المحدد لإعمالها بعد نفاذ قواعد هامبورج - حيث فضل المشرع حماية الناقل فى مواضع كثيرة، اشرنا إلى بعضها فى المطلب الثانى من المبحث الثانى من هذه الدراسة، تشجيعا للاستثمار البحرى، فإن ذلك يؤدى إلى القول بأن نصوص القانون البحرى الجديد لا تخدم مصالح الشاحنين فى النقل البحرى الداخلى، بعد أن أصبحت مسلوبة الفعالية فى النقل البحرى الدولى.

والواقع أن مشرعنا الوطنى عند سنه للقانون البحرى الجديد كان يهدف فى المقام الأول إلى سريانه على النقل البحرى الدولى حيث أن نصوصه هى بطبيعتها قابلة للتطبيق على هذا النوع من النقل [١٥٤]، من ذلك مثلا نص المادة ٢٤٧ بحرى والتى تبطل أى اتفاق بين الشاحن والناقل على اتباع قواعد أخرى تخالف القانون البحرى المصرى عند تقديم المنازعة الى التحكيم، إذا حصل هذا الاتفاق قبل نشأة النزاع، بما يفترض أصلا أن هناك نقلا بحريا دوليا يمكن أن تثور فيه مسألة تنازع القوانين.

فإذا ما سلمنا بأن قواعد قانون التجارة البحرية هى بطبيعتها قابلة للتطبيق على النقل البحرى الدولى، وإذا ما أخذنا فى الاعتبار أن مشرعنا المصرى قد نقل معظم قواعد هامبورج فى هذا التشريع الجديد، فإن التساؤل يثور عن جدوى الانضمام والبقاء كطرف فى اتفاقية هامبورج، وخاصة أن هذه الاتفاقية لا تقدم نفس القدر من الحماية التى يقدمها القانون المصرى؟

فى الواقع إن الإنضمام إلى اتفاقية هامبورج (والبقاء كطرف فيها) كان سيكون من الأهمية بمكان لو أن مصر لم تكن قد أصدرت التشريع الوطنى الجديد الذى يتكفل بحماية الشاحنين وذلك على أساس أن معاهدة سندات الشحن وبروتوكولها المعدل لا يقدمان الحماية الكافية للشاحنين فى ظل

---

(١٥٤) والواقع أن المشرع المصرى لم يحدد بطريقة صريحة نطاق تطبيق التشريع البحرى فى النقل البحرى الدولى خلافا لما اتبعه بعض المشرعين فى الدول الأخرى مثل فى الولايات المتحدة الأمريكية حيث ينطبق قانون نقل البضائع بحرا (COGSA) على أى نقل بحرى من أو إلى الولايات المتحدة الأمريكية. أنظر
Healy & Sharpe, Admiralty ...
والمشار إليه سابقا، فى ص ٤٩٢.

الظروف الاقتصادية الدولية الجديدة، والتى تسعى فى إطارها الدول النامية – ومنها مصر – إلى إحراز تقدم فى مجال النقل البحرى. هنا كان يمكن القول بوجود حاجة ملحة للانضمام إلى اتفاقية هامبورج. ولعل هذا ما دفع مشرعنا إلى المبادرة بالتصديق على هذه الاتفاقية، بل إن مصر كانت من أوائل الدول التى قامت بذلك. أما وقد صدر القانون البحرى الجديد، والذى نقل إليه مشرعنا معظم قواعد هامبورج، ثم أضاف إليها جوانب أخرى هامة رآها ضرورية لتأكيد وتعزيز الحماية للشاحنين المصريين، فهنا يمكن القول بأن البقاء فى اتفاقية هامبورج لن تكون له نفس الأهمية، بل إن سريانها فى مصر بإعتبارها معاهدة دولية يمكن أن يؤدى إلى ازدواجية فى التشريع الذى يحكم النقل البحرى للبضائع.

والواقع إن الانسلاخ عن اتفاقية هامبورج لن يخل بالانسجام الذى تغياه المشرع من مواكبة مصر لاتجاه الدول النامية فى تحقيق أكبر درجة من الحماية للشاحنين، إذ أن قانون التجارة البحرية تبنى معظم قواعد هذه الاتفاقية. والواقع أن هذا الاسلوب فى تبنى المعاهدات الدولية ليس جديدا، فلقد قام مثلا المشرع اللبنانى بتبنى قواعد معاهدة سندات الشحن فى صلب تشريعه الداخلى الصادر فى فبراير عام ١٩٤٧ دون أن ينضم إلى المعاهدة نفسها "بشكل صريح"، وهذا الاتجاه كان يلقى مباركة من الفقه إذ يجعل أحكام المعاهدة منطبقة فى العلاقات الوطنية والدولية على السواء بما يحقق الوحدة اللازمة للقواعد القانونية فى المجالين الداخلى والدولى(١٥٥).

---

(١٥٥) أنظر الدكتور علي البارودي، مبادئ القانون البحرى اللبنانى، ١٩٧١، فى ص ١٩٢.

على أننا نقترح أن يكون الانسحاب من اتفاقية هامبورج بعد نوفمبر ١٩٩٧، وذلك بعد أن يتحقق في نفس الوقت انسحاب مصر من معاهدة سندات الشحن لعام ١٩٢٤ وبروتكولها المعدل لعام ١٩٦٨ تطبيقا للمادة ٤/٣١ من قواعد هامبورج، بحيث يكون من المتعين حينئذ انفراد قواعد قانون التجارة البحرية في شقها الخاص بنقل البضائع بحكم كل من النقل البحري الدولي والداخلي سواء بسواء.

وإذا كان الانسحاب من اتفاقية هامبورج لن يخل بمنهج المشرع في السير في نفس الاتجاه الذي تتغياه الدول النامية نحو حماية كبيرة للشاحنين، فإنه سيحقق في نفس الوقت ميزة هامة، وهي استفادة الشاحنين المصريين من الحماية الواسعة التي حرص مشرعنا الوطني على تقنينها بنصوص آمرة في التشريع البحري الجديد. في هذه الحالة فقط يمكن القول بأن نصوص قانون التجارة البحرية، في شقها الخاص بالنقل البحري البضائع قد استعادت فعاليتها في حماية الشاحنين المصريين، إذ أن هذه النصوص ليست بذاتها قاصرة عن إدراك غايات المشرع في تحقيق هذه الحماية المنشودة [١٥٦].

---

[١٥٦] والواقع أن ما نقول به ليس غريبا أو شاذا ففي بعض الدول لا يتوانى المشرع عن الانسلاخ من الاتفاقيات الدولية التي كانت دولته طرفا إذا ما رأى أن قواعدها لم تعد تفي بالحماية الواجبة للمواطنين. من ذلك مثلا انسحاب الولايات المتحدة من اتفاقية وارسو الخاصة بتوحيد بعض قواعد مسئولية الناقل الجوي، ثم التراجع عن هذا الانسحاب بعد أن تم تعديل هذه الاتفاقية، أنظر الدكتور محمد فريد العريني، القانون الجوي (١٩٩٣)، في ص ص ٩٨ - - ٩٩.

ضغط العمل في الوظيفة العامة
(دراسة تحليلية وعلاجية)

دكتور بشّار عبد الهادي
كلية الحقوق - الجامعة الأردنية

ملخص

أصبح موضوع (ضغط العمل) من الموضوعات المهمة في الوقت الحاضر،لتأثيره المباشر على الجوانب الانسانية والشخصية للموظفين، وعلى الجوانب التنظيمية أيضاً للأجهزة الادارية في الدول الحديثة ، بالاضافة الى ندرة تناول هذا الموضوع في الفقه الاداري بوجه عام.

وقد حاولنا في هذا البحث ، القيام بدراسة تحليلية دقيقة لضغط العمل في نطاق الوظيفة العامة، اتبعناها بدراسة علاجية له، أوردنا فيها بعض الاراء والحلول العلاجية المناسبة للحد من آثاره السلبية على سير العملية الادارية ،هادفين من وراء ذلك كله، الى زيادة كفاءة وفاعلية العمل في الوظيفة العامة على الدوام .

ABSTRACT

The work-stress problem has assumed a special significance at present because of its direct impact on the human and personal affairs of civil servants as well as on the organizational aspects of administrative systems · modern states, and because of the dearth of treatments of t heme in administrative jurisprudence .

In this research we have attempted to undertak : a careful analytical study of the work-stress problem in the domain of public service. we have followed this with a "remedial" study, in which we have aired some opinions and remedies suitable for limiting its negative effects on the administrative process, our aim is to increase the effectiveness of work in public service.

مقدمة

ازداد نشاط الدولة في الوقت الحاضر ازدياداً كبيراً. وكان هذا الازدياد نتيجة لتغير دورها من دولة (حارسة) تقف مهمتها عند المحافظة على الأمن والنظام الداخلي والخارجي دون قيامها بأية وظيفة أخرى، الى دولة (متدخلة) تتدخل في معظم النشاطات والأعمال السياسية والاقتصادية والاجتماعية فتنظمها وتعالجها بما يحقق الصالح العام . وقد أدى هذا التدخل في جميع المجالات المذكورة الى تفرع الجهاز الاداري ونموه وتضخم حجمه ليقوم بالالتزامات الكثيرة الجديدة .[(١)]

وقد ترتب على ماتقدم ، أن تضاعف (العمل الوظيفي) داخل أجهزة الدولة المختلفة، وتضاعفت معه الجهود المطلوبة لانجازه بكفاءة وفاعلية ، واللازمة للاحاطة بجوانبه الشكلية والموضوعية، وما صاحبها من اسباب شخصية وسلوكية وتنظيمية متعددة، الأمر الذي أوجد (الضغط) في هذا العمل، كأحد المظاهر التي أصبحت واضحة وملموسة في المجالات الادارية الحديثة .

وبالرغم من هذه المظاهر لضغوط العمل الوظيفي، وبالرغم من الآثار الشخصية والتنظيمية السيئة لهذه الضغوط، الا أن الاهتمام بهذه المسائل في نطاق الوظيفة العامة يكاد يكون نادراً. وسبب ذلك في تقديرنا ، أن التركيز على شخص الموظف العام ، ودراسة مشكلاته من الجوانب الانسانية والشخصية والسلوكية والتنظيمية، سواء من المنظمات والاجهزة الادارية المعنية، أو من الباحثين العلميين، ما زال غير ذي بال. وتعليل ذلك -في تقديرنا أيضاً- أن معظم الأجهزة الادارية في الدول لا تنظر الى مشكلات العاملين فيها بقدر ماتنظر الى ادائهم وانتاجهم. أما الدراسات والابحاث العلمية الادارية بوجه عام، فرغم اهتمامها في الوقت الحاضر بالجوانب المذكورة، الا أن هذا الاهتمام لا يزال

---

(١) أنظر في هذا الشأن الدكتور سليمان الطماوي(مبادىء القانون الاداري-دراسة مقارنة) طبعة سنة ١٩٦٦، الناشر دار الفكر العربي ، القاهرة، صفحة٤٢ وما بعدها . والدكتور فؤاد العطار (القانون الاداري) طبعه سنة ١٩٧٢، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة ٥. والدكتور عبدالله طلبة (القانون الاداري / الرقابه القضائية على اعمال الادارة) طبعة سنة ١٩٨٠، الناشر المطبعة الجديده، دمشق، صفحة ١٠. والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص-دراسة مقارنة) طبعة سنة ١٩٨٢، الناشر دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان ، صفحة٤٨.

في بداية الطريق .»[٢]

لقد أصبح ضغط العمل في نطاق الوظيفة العامة من المعضلات المهمة في عصرنا الاداري الحديث السريع الايقاع ، حيث يؤثر على الموظفين أنفسهم من جهة ، وعلى الأجهزة الادارية المختلفة من جهة أخرى، ويؤدي اذا لم يعالج الى مشكلات شخصية وتنظيمية متعددة . وهذا ما حفزنا ودعانا الى تناول هذا الموضوع تناولاً تحليلياً وعلاجياً.

وقد يثور التساؤل في هذا المجال من قبل قرائنا الكرام وأساتذتنا الافاضل ، عن سبب اختيارنا لبحث هذا الموضوع بالذات ، ونحن ننتمي الى الدول العربية التي توصف بأنها دول (بادئة في النمو)، خاصة وأن ظاهرة (ضغط العمل) قد لا تكون من الظواهر المقلقة لأجهزتها الإدارية بعد أن أصبحت هذه الأجهزة أوعية تمتليء بالراغبين في العمل فيها ؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل ، نقول بأنه من المحتمل أن لا تثور مشكلة (ضغط العمل الوظيفي) بكل حدتها وخطورتها وأبعادها في كثير من الأجهزة الادارية (لبعض) دولنا العربية الحبيبة، وإنما تثور في الأجهزة الادارية للدول الصناعية الكبرى والمتقدمة كالولايات المتحدة الامريكية والمانيا وفرنسا ومن سار على نهجها الوظيفي ، ولكن مثل هذا التعميم الشامل قد لا يكون مقبولاً في (بعض) هذه الدول العربية أيضاً. وتفسير ذلك أن عدداً من الأجهزة الادارية في هذه الدول- ومنها على سبيل المثال المملكة الأردنية الهاشمية، والمغرب، والجزائر ، وتونس- يواجه ضغطاً في العمل يقع على العاملين في هذه الأجهزه ، ويؤدي الى إحداث المشكلات التي يثيرها هذا الضغط.

يضاف الى ما تقدم ، أنه على افتراض عدم بروز ظاهرة (ضغط العمل الوظيفي) بكل حدتها وخطورتها وأبعادها في الأجهزة الادارية (لبعض) دولنا العربية، فإن قيامنا بدراسة تتناول تحليل هذا الموضوع وعلاجه في ضوء تجارب الدول الكبرى، وضمن

---

(٢) قارن في هذا المجال :-

* John Grawford (Public Administration.) Eurasia publishing house, India, 1981,p.p. 68 F.F.

والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) مقال منشور في المجلة العربية للادارة، تصدرها المنظمة العربيه للعلوم الادارية، المجلد الخامس ، العددان الأول والثاني، حزيران ١٩٨١، صفحة ٢٨..

والدكتور مهدي حسن زويلف (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) سلسة ابحاث تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية العدد ٢٦٨. ١٩٨٢، صفحة ٥ وصفحة ٢٠.

اجتهادات مستقاة من واقع دولنا العربية نفسها ، يعتبر -في تقديرنا- عملاً علمياً وقائياً تستفيد منه هذه الدول عند مواجهتها للمشكلة ذات يوم .

على أننا نود منذ البداية ان ننوه بأن المراجع العلمية (الاجنبية) التي تناولت موضوع ضغط العمل الوظيفي من الجوانب (القانونية) أو من جوانب (الادارة الحكومية) ، تكاد تكون نادرة ، حيث تتناثر الخطوط العريضة لهذا الموضوع في بعض كتب الادارة العامة.

أما المراجع (العربية) التي تناولت موضوع ضغط العمل الوظيفي من الجوانب (القانونية) أو جوانب (الادارة الحكومية) ، فتكاد تكون معدومة .

وبناء على هذا الواقع العلمي، نجد لزاماً علينا العودة الى المراجع الموثوقة التي تناولت هذا الموضوع -رغم ندرتها أيضاً- في نطاق الادارتين الخاصة والعامة ، بالاضافة الى المراجع التي تناولت هذا الموضوع من جوانب (علم النفس الاداري) الذي بدأ يلقى في الوقت الحاضر اهتماماً علمياً فائقاً.

وبالرغم مما تقدم ، فإننا سنركز في معالجتنا لهذا الموضوع ، على ما يتفق وروابط الوظيفة العامة، بحيث نستفيد من الابحاث العلمية النظرية والتطبيقية بمختلف مشاربها ، لتقديم الاراء والحلول التي تحيط بموضوع ضغط العمل في الوظيفة العامة ، سيما وأن هذا الموضوع -كبعض الموضوعات الادارية الاخري ومنها الانابة والتفويض والحلول وغيرها- يتفق في ما هيته وفي مصادره وفي آثاره مع فلسفة وروابط الادارتين الخاصة والعامة معاً.

وفي ضوء ما تقدم ، نرى أن نقسم هذا البحث الى فصلين ، نتناول في أولهما الأسس العامة لضغط العمل الوظيفي، وندرس في ثانيهما الأسس العلاجية له.

الفصل الأول
الأسس العامة لضغط العمل الوظيفي

تمثل الأسس العامة لضغط العمل الوظيفي ، الجانب الوصفي والجانب التحليلي له . وتقتضي منا معرفة هذه الأسس بوصفها وتحليلها أن نقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث ، نتناول في أولها تعريف ضغط العمل وعلاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري ، وندرس في ثانيها مصادر ضغط العمل ومدى مواجهته ، ونعالج في ثالثها آثار ضغط العمل .

المبحث الأول
تعريف ضغط العمل
وعلاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نعرض في اولهما الى تعريف ضغط العمل وتناقش في ثانيهما علاقته باوجه السلوك في الجهاز الاداري.

المطلب الأول
تعريف ضغط العمل

ذهب جانب من الفقه الى تعريف ضغط العمل بأنه:-(مواجهة الشخص لحالات عملية زائدة عن الحد المألوف ، تؤدي الى ارباكه وتضحيته ببذل مزيد من الجهد والعمل).[٣]

ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يبين طبيعة الحالات العملية الزائدة من جهة، وأنه لم يضع معياراً واضحاً للحد المألوف في نطاق العمل الاداري من جهة ثانية ، وأنه قطع بأن زيادة العمل تؤدي ارباك الموظف ودفعه الى التضحية العملية من جهة ثالثة. وهذه أمور تفتقر الى الدقة الواجبة التوافر في التعريف ، بالاضافة الى استعمال دلائل لفظية غير معبرة عن حقيقة المعنى المقصود. ولهذا فان التعريف المتقدم - في تقديرنا- محل نظر ا

---

* Eli Hart (Formal Organization). Harper and Raw and Weather Hill, INC, Tokyo, 1977, (٣) p.212.

وذهب جانب من الفقه الى تعريف ضغط العمل بأنه (زيادة في الوظائف اساسها احتياجات طارئة لتسيير الجهاز الاداري تؤدي الى شعور القائم بها بمشكلات صحية وبدنية مما يضعف انجاز العمل).(٤)

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبين نوع الوظائف الزائدة من جهة، وأنه جعل ضغط العمل ناتجاً عن (احتياجات طارئة) فقط، أي جعله مؤقتاً من جهة ثانية، وأنه عكس ضغط العمل على المشكلات الصحية والبدنية فقط دون التنبه الى آثار خطيرة شخصية وتنظيمية أخرى من جهة ثالثة ، بالاضافة الى أنه كسابقه يستعمل دلائل لفظية غير معبرة عن حقيقة المعنى المقصود. ولهذا فان التعريف المتقدم - في تقديرنا-غير مقبول.

وذهب جانب من الفقه الى تعريف ضغط العمل بأنه (يشير الى الموقف الذي يؤثر فيه التعامل بين ظروف العمل وشخصية الاداري على حالته النفسية والبدنية التي قد تدفعه الى تغيير نمط سلوكه الاعتيادي).(٥)

ويسجل على هذا التعريف أنه اسس ضغط العمل على التفاعل بين ظروف العمل وشخصية الاداري دون أن يبين فحوى هذه الظروف ونوعيتها ومظاهرها وجوانبها . كما أنه ركز الآثار الناتجة عن ضغط العمل على الحالة النفسية والبدنية للشخص دون التنبه الى وجود آثار تنظيمية اخرى على درجة كبيرة من الأهمية . كما أنه لم يبين طبيعة وكيفية التغيير في النمط السلوكي الاعتيادي للشخص، بالاضافة الى أنه كسابقيه يستعمل دلائل لفظية غير معبرة عن حقيقة المعنى المقصود . ولهذا فان التعريف المتقدم - في تقديرنا- معيبا.

---

(٤) * Rankin F. Walter (Public Administration and Administrative Law). Prentice - Hall of India private limited, India, 1978,P.P.225,236.

ونقترح على القارئ الكريم أن يقارن في هذا المجال :-

* D, sachdeva and V.Bhushan (Introduction to Public Administration). S. chand and Co. India, 1967,P.175.
* W.H.Newman and C.E, Summer and E.K. Warren (The Process of Management). 1970,P.95.

(٥) * T.A. Beehr and J.G. Newman (Job stress-Employee Health and Organizational Effectiveness. A Fact Analysis, Model, and Literature Review) Personnel Psychology. 1978, P.P. 665 F.F

وفي ضوء ما تقدم ، فالرأي عندنا أن ضغط العمل الوظيفي-في مجال دراستنا الادارية هذه-هو زيادة مشروعة في الاختصاصات الوظيفية، يتعين على الموظف انجازها في اوقات محددة، مقترنة بأسباب ومصادر (شخصية)و (تنظيمية) متعددة، تنعكس آثارها على الموظف نفسه أصلاً، وبالتالي على الجهاز الاداري الذي يعمل فيه.

ويتضح من تعريفنا المتقدم ما يلي:-

أولاً: أن الزيادة المنوطة بالموظف هي زيادة في الاختصاصات الوظيفية محور عملية النشاط الاداري وليست زيادة في امور انسانية أو اجتماعية أو عائلية أو غيرها. وهذه الزيادة هي زيادة مشروعة، أي أنها معطاة للموظف بسند دستوري أو قانوني او نظامي أو لائحي، سواء من المشرع مباشرة، أو من اصحاب السلطات المعنيين في الجهاز الاداري . وتتمثل هذه الاعباء الوظيفية بتصرفات متعددة منها التفويض الاداري، والانتداب ، والانابة والحلول، وأوامر التكليف وغيرها.(٦)

ثانياً: أن الموظف ملزم بانجاز هذه الزيادة المشروعة في الاختصاصات الوظيفية في اوقات محددة . فعنصر (الالزام) في الانجاز وعنصر (التحديد) في الوقت الواردان في التعريف، هما الشرارة التي توقد ضغط العمل الوظيفي .

ثالثاً: أن الزيادة المشروعة في الاختصاصات الوظيفية التي يتعين على الموظف انجازها في اوقات محددة ، ليست كافية لايجاد ضغط العمل بالمعنى الذي

---

(٦) أنظر في هذه الأوضاع الادارية:-

* H.Koontz and C.O,Donnell (Principles of management- An analysis of managerial Functions). New York, 1968, P.349.

والدكتور عبد الفتاح حسن (التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة) طبعة سنة ١٩٧٠/١٩٧١، الناشر :- دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة٣٣ وما بعدها . والدكتور سليمان الطماوي(الوجيز في القضاء الاداري) طبعة سنه ١٩٧٢. الناشر:- دار النهضة العربية، القاهرة صفحة٤١١. والدكتور حنا ابراهيم تدة (القضاء الاداري في الأردن) طبعة سنة ١٩٧٢، عمان صفحة ٣٦٤. والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص -دراسه مقارنة) المرجع السابق ، صفحة ١١٣ وما بعدها. والدكتور عبد الغني بسيوني (التفويض في السلطة الادارية) طبعة سنة ١٩٨٦، الناشر :- الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، صفحة ٤١ وما بعدها.

اردناة من وراء التعريف، بل لا بد أن تكون مقترنة بأسباب ومصادر اخرى. وهذه الاسباب والمصادر الاخرى قد تكون شخصية، أي متصلة بشخص الموظف نفسه كعلاقاته برؤسائه وزملائه ومرؤوسيه، وقد تكون تنظيمية، أي متصلة بالجهاز الاداري الذي يعمل فيه الموظف كظروف العمل وتنظيمه ومشكلاته الفنية.(٧)

رابعاً: أن آثار الزيادة المشروعة في الاختصاصات الوظيفية، مضافاً اليها آثار الاسباب والمصادر الشخصية والتنظيمية ، هي التي تنعكس في مجموعها على الموظف نفسه، وبالتالي على الجهاز الاداري الذي يعمل فيه ، وفقاً للتفصيل الذي سنتناوله في حينه.

وهكذا يتضح من تعريف ضغط العمل الوظيفي، أنه لا يقوم على جانب واحد فقط، بل على عدة جوانب تتجمع معاً لايجاده، وبالتالي إحداث أثاره.

المطلب الثاني
علاقة ضغط العمل بأوجه السلوك في الجهاز الاداري

هناك علاقة وطيدة بين ضغط العمل الوظيفي وبين أوجه السلوك المختلفة للموظفين في الجهاز الاداري. ويوضح جانب من الفقه الاداري هذه العلاقة من خلال شرحه لنمط سلوك العاملين في المنظمة الادارية، حيث يرى أن السلوك يتولد من التفاعل بين ثلاثة مجالات هي: البيئة الطبيعية والتكنولوجية التي يحدث فيها السلوك ، والبيئة الاجتماعية والعلاقات الثنائية التي يحدث فيها السلوك ، والنظام الشخصي الذي يصدر

---

(٧) قارن في هذا المجال :-

* Marshall Dimock and Gladys Dimock and louis Koining (Public Administration). Holt , Reinhart and Winston, NewYork, 1961, P.P. 379.F.F.
* D.R.Sachdeva and V.Bhushan (Introduction to Public Administration).Op. Cit. P. 175.
* Fritz Marx (Elements of public Administration). Prentice Hall of India Private Limited, India, 1968.P.140.
* W.H.Newman and C.E.Summer and E.K, Warren (The process of management). Op. Cit. P.P. 95 F.F

عنه نمط السلوك.[٨]

ويؤدي تفاعل هذه المجالات معاً الى الاطار السلوكي للمنظمة الادارية من جهة، وأعمال المنظمة الادارية من جهة ثانية ، والادوار في المنظمة الادارية من جهة ثالثة. ويترتب على التفاعل المشترك في صورته النهائية (سلوك العاملين).[٩]

ويعرف هذا الجانب من الفقه الاداري (السلوك) في المنظمة الادارية بأنه سلوك العاملين للقيام بأعمال محددة من خلال ادوار محددة مقترنة بهذه الأعمال، داخل نطاق سلوك تنظيمي.[١٠]

وينتهي هذا الجانب من الفقه الى أن ضغط العمل داخل المنظمة الادارية ، يوجد من خلال (التفاعل) بين المجالات الثلاثة المذكورة، حيث ينشأ عن التفاعل نمط سلوك العاملين. فالعلاقة اذن بين ضغط العمل وبين هذا النمط، هي علاقة سببية ومباشرة.[١١]

ومع تقديرنا لهذه الاراء التي ابداها هذا الجانب من الفقه في شأن علاقة ضغط العمل بأوجه السلوك في الجهاز الاداري ، الا اننا لا نتفق معها ولا نميل الى قبولها . وتفسير ذلك انها آراء تتناول هذه العلاقة من مداخل تنظيمية غير متآلفة ، يشوبها الغموض وعدم الاتساق ، الامر الذي يجعل من محصلتها العلمية النهائية محصلة متناقضة مع مفهوم مقدماتها ! فعندما يتحدث هذا الجانب من الفقه – ومن يتفق معه – عن بيئة طبيعية وتكنولوجية ونظام شخصي تتفاعل معاً لتوجد اطر وأعمال وأدوار تنتهي بنمط سلوكي يتعلق مباشرة بضغط العمل ، فأنه يقحم على مفهوم السلوك الاداري داخل

---

(٨) * M.Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psychology) Rand Mcnally,1976, P.P. 1368 F.F.

(٩) * M. Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psychology) Op. Cit. p.p. 1398. F.F.

(١٠) * M. Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psycho-logy) .Op. Cit. P. 1370.

(١١) * M. Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational psychology). Op. Cit. P.P . 1370 F.F.

وأنظر الدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق صفحة ٢٩. ونقترح على القارىء الكريم أن يقارن في هذا الشأن الدكتورة رياض الزغل (الصراع داخل التنظيم – منابعه وصيرورته وعلاقته مع البيئة المحيطه) مقال منشور في المجلة العربية للادارة ، تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية، المجلد الثامن ، العدد الأول شتاء ١٩٨٤، صفحة ٧٤ وما بعدها .

المنظمات والأجهزة الادارية المختلفة - وعلى آثاره - عناصر غريبة عن طبيعة هذا السلوك واساسه كما عرفناه ودرسناه وحللناه في الآفاق العلمية الرحبة للفكر القانوني والاداري معاً .[(١٢)]

يضاف الى ما تقدم ، أن هذا الجانب من الفقه يحمل آراءه في توضيح علاقة ضغط العمل بنمط السلوك في المنظمة الادارية اكثر مما تتحمل ، الأمر الذي عقد الموضوع ، واخرجه عن بساطته العلمية والعملية بلا مبرر، وأدى الى تشتيت هذه الاراء وذوبانها في بحر واسع من المتاهات التي يصعب ادراكها مهما اوتي الباحث من طاقة على التقصي والمثابرة !.

واخيراً ، فان هذا الجانب من الفقه - ومن حاكاه - يستعمل في معالجاته الادارية لهذا الموضوع اسلوباً فضفاضاً مطعماً برسومات هندسية توضيحية تملأ صفحات دراساته ومؤلفاته . وهذا الأسلوب رغم شيوعه والسكوت عليه ، هو اسلوب - في تقديرنا - غير مستساغ ، يتنافى مع طبيعة الدراسات الادارية - خاصة القانونية منها - التي يجب أن تحظى بالشرح الدقيق الواضح .

---

(١٢) من الدراسات المهمة في السلوك الاداري :-

* H . A Simon (Administrative Behaviour). Free Press, New York , 1957.

ومن الجدير بالذكر أن (هربت سيمون) حصل على جائزة (نوبل) لعام ١٩٧٨ حيث ركزت هذه الجائزه على كتابه (السلوك الاداري) الذي اشرنا اليه.

* B. Berclson and G. Steiner (Human Behaviour). Harcourt, Brace and world, INC. New York, 1967.

* Harold M.F. Rush (Behavioral Science concepts and Management Application). The conference Board, INC. New York , 1969/1978.

* J. Gray and F. Starke (Organizational Behaviour-Concepts and Applications), charles E. Merril publishing Co. London , 1980.

ومن الفقه العربي :- الدكتور ابراهيم العمري (السلوك الانساني) طبعة سنه ١٩٧٤، الناشر :- دار الجامعات المصرية، الاسكندرية. والدكتور علي السلمي (السلوك الانساني في الادارة) طبعة سنة ١٩٧٥، الناشر مكتب غريب القاهرة. والدكتور زكي محمود هاشم (الجوانب السلوكيه في الادارة) طبعة سنة ١٩٧٨، الناشر وكالة المطبوعات ، الكويت . والدكتور عبد الباري درة (دور العلوم السلوكية في التنمية الادارية) مقال منشور في المجلة العربية للادارة تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية ، المجلد الرابع، العددان الاول والثاني، حزيران ١٩٨٠، صفحة ٥٩. والدكتور مهدي حسن زويلف (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) المرجع السابق .

وفي ضوء ما تقدم ، نستطيع أن نقرر بأن هناك علاقة بين ضغط العمل الوظيفي وبين أوجه السلوك المختلفة للموظفين في الجهاز الاداري . ولكن هذه العلاقة لا توجدها مداخل نظرية أو تطبيقية صعبة ومعقدة ، ولا تشرحها رسومات هندسية أو جداول رمزية أو رقمية صماء ، وانما توجدها (طبيعة) و (مقتضيات) معايشة الموظف السلوكية مع الاشخاص الذين يعملون معه في الجهاز الاداري ، بالاضافة الى معايشة هذا الموظف مع العمل الوظيفي نفسه .

وبمعنى آخر ، فان ضغط العمل الوظيفي - بالمعنى الذي اوردناه - ينتج (طبيعةً وحتماً) عن أوجه السلوك في الجهاز الاداري، لأن هذا السلوك المقترن بالجوانب التنظيمية للعمل ، هو محرك مهم وفعال جداً لأية عملية ادارية ضمن نطاق النشاط الاداري .

وبناءً على ما تقدم ،فاننا نرى بأن الجوانب السلوكية التي يعيشها الموظف العام في الجهاز الاداري، وكذلك الجوانب التنظيمية للعمل داخل هذا الجهاز ، تشكلان معاً مصادر ضغط العمل الوظيفي وفقاً للتفصيل الذي سنتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني
مصادر ضغط العمل ومدى مواجهته

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في اولهما مصادر ضغط العمل ، وندرس في ثانيهما مدى مواجهته .

المطلب الأول
مصادر ضغط العمل

يذهب جانب من فقهاء الادارة الى أن هناك مصادر متعددة لضغط العمل ، وان هذه المصادر تعود اساساً الى أوضاع وخصائص البيئة الداخلية للمنظمة. [١٣] وتتمثل هذه المصادر عند هذا الجانب من الفقه فيما يلي:-

---

(١٣) الدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق، صفحة ٣٢.

١- التقدم المهني.
٢- العلاقات في العمل.
٣- الهيكل والمناخ التنظيمي .
٤- دور الاداري.
٥- خصائص العمل [(١٤)]

ويرى هذا الجانب من الفقه أنه (بالرغم من أن المصادر الخمسة المذكورة تؤدي الى أو تسبب ضغط العمل ، الا أن معظم الدراسات أثبتت أن ضغط العمل ، يعود في معظم الأحوال الى المصدرين الا خيرين). [(١٥)]

وفي شأن توضيح هذين المصدرين لضغط العمل ، يركز هذا الجانب من فقهاء الادارة -ومن يتفق معه-على النقاط الاتية :-

١- ان التعارض بين متطلبات العمل الكثيرة والمختلفة وبين امكانات الشخص ومهاراته، يولد ضغط العمل. [(١٦)]

٢- إن التعارض بين ظروف وطبيعة العمل وبين احتياجات الشخص الوظيفية، يولد ضغط العمل. [(١٧)]

٣- ان علاقات الشخص الوظيفية المتعددة مع من يعمل معهم في المنظمة الادارية سواء كانت هذه العلاقات ثنائية أو جماعية، تؤثر في ايجاد او عدم ايجاد ضغط

---

(١٤) * C. Cooper (Stress at work) John Wiley and Sons, New York,1979, P.83.

* L.A.Presten (Organization-Theory and Practice). D. C. Heathand Company, New York, 1986, P.265.

والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحه ٣٢.

(١٥) * C. Cooper (Stress at work). Op. Cit. P. 83.

والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢.

(١٦) * Eli Hart (Formal organization).Op. Cit. P. 227.

* L.A. Presten (Organization - Theory and Practice) Op. Cit. P. 269.

(١٧) * J.French (Adjustment as a perconvironment fit). Basic Books, 1974, P. P. 102-160.

وقد اشار الى نظريته في هذا الموضوع الدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة٣٢.

العمل.(١٨)

٤- ان (الموقف) الذي يجد الشخص نفسه فيه مطالباً باداء دورين متعارضين ، وكذلك (غموض) الدور الوظيفي الذي يقوم به هذا الشخص نتيجة عوامل متعددة منها التغيير في الوسائل التكنولوجية المتسخدمة في العمل ، والتغيير في البيئة الاجتماعية للمنظمة وفي الافراد العاملين فيها ، وعدم تدفق المعلومات افقياً وعمودياً، وعدم تحديد الاختصاصات ووضوحها، يؤديان الى ضغط العمل (١٩)

ومع تقديرنا لما ذهب اليه هذا الجانب من الفقه في تناوله لمصادر ضغط العمل ، الا أننا نلحظ في هذا الشأن ، أنه قد استخدم مداخل ادارية متفرقة ومعقدة، واستعمل دلائل لفظية أو تعبيرية يصعب احياناً فهم مدلولها ، كما أنه من الناحية الموضوعية لم يتناول الكثير من مصادر ضغط العمل المهمة!.

---

(١٨)
* Eli Hart (Formal Organization) .Op. Cit.P.231.
* John Grawfod (Public Administration) Op. Cit.P.130.
* L.A. Presten (Organization - Theory and Practice) Op. Cit.P.269.

(١٩)- انظر تفصيلاً في هذه المسائل :-
* R.Kahn and D.Wolfe and R.Quinn and J.Snoek (organizational Stress-studies in Role conflict and Ambiguity). John Wiley and sons, New York, 1964, P.66.
* D, Katz and L.Kahn (The social psychology of organizations). John Wiley and sons, New York, 1969, P.184.
* H. Tosi (organization Stress as a Moderator of the Relationship between In fluence and Role Response). Academy of Management Jou..al , 14/1,1971.P.16.
* R. Kahn (Conflict, Ambiguity and Overload Three Elements in Job Stress). Occupational Mental Health, 1973, No. 3, P. 10.
* H.G. Hicks and C.R. Ghllett. (The management of Organizations) McGrow-Hill Kogakusha Ltd., Tokyo, 1976, P.P. 133 F.F.
* W. Duncan (Organizational Behaviour). Houghton Mifflin Co. 1978, P. 185.
* J. Slocam (Management-Contingency Approach). Addison Wesley, 1978, P. 439.
* E.B. Flippo and G.M. Munsinger (Management). Allynond Bacon, INC., Boston, 1978, P.P. 248 F.F.
* F. Luthans (Organizational Behaviour). McGrow-Hill, London, 1981, P.P. 371 F.F.
* N.R. Maier and G.C. Verser (Psychology in Industrial Organizations). Houghton Mifflin Co., Boston, 1986, P.P. 53. F.F.

ومن الفقه العربي :- الدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢ وما بعدها .

والدكتور سمير العسكر (دور الصراع في الادارة) مقال منشور في المجلة العربية للادارة، تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية ، المجلد السابع ، العدد الرابع ، خريف ١٩٨٣ ، صفحة ٢٦، وصفحة ٢٨ وما بعدها.

وأياً كان الأمر ، فأننا نرى في ضوء قناعتنا الشخصية والعلمية، أن اسباب ومصادر ضغط العمل الوظيفي في الأجهزة الادارية المختلفة، تتمثل بالجوانب الشخصية والسلوكية من جهة، وبالجوانب التنظيمية والعملية من جهة اخرى ، وفقاً للتفصيل التالي.

الفرع الأول
الجوانب الشخصية والسلوكية

ان شخصية الموظف - في تقديرنا- تنعكس على سلوكه في الجهاز الاداري الذي يعمل فيه، كما أن هذا السلوك ينعكس بدوره على هذه الشخصية . ويترتب على ذلك أن تكون الجوانب الشخصية والجوانب السلوكية مؤثرة ومتأثرة في بعضها البعض .

ويلاحظ في هذا المجال، أن هذه الجوانب الشخصية والسلوكية قد تكون (خارجية)، أي متصلة بأعمق ما يخص الموظف في بيئته العائلية أو الاسرية أو في تأثراته الدينية أو الاجتماعية أو الثقافية أو الجسدية، حيث يكون لها في رأبنا أثراً على الشعور بضغط العمل الوظيفي. وقد تكون (داخلية)، أي في اطار العمل الوظيفي ونطاق الجهاز الاداري نفسه، وفقاً للتوضيح التالي.[٢٠]

١- الجوانب الشخصية والسلوكية الخارجية :

تتمثل أهم مصادر ضغط العمل الوظيفي المتعلقة بالجوانب الشخصية والسلوكية الخارجية فيما يلي:-

أولاً: الحالات العقلية والنفسية والجسدية للموظف ، حيث تؤثر هذه الحالات على مدى تحمله العقلي والنفسي والجسدي للعمل الوظيفي، وبالتالي شعوره أو

---

(٢٠) ولعل هذا ما دفعنا الى القول بعد أن أوردنا تعريفنا لضغط العمل الوظيفي بأنه (لا يقوم على جانب واحد فقط ، بل على عدة جوانب تتجمع معاً لايجاده، وبالتالي احداث آثاره). أنظر ما ورد في نهاية المطلب الاول من المبحث الاول من الفصل الاول من هذا البحث .

عدم شعوره بضغط العمل .[٢١]

ثانياً: عدم قدرة الموظف على مواجهة الازمات والمشكلات التي تواجهه في حياته بشيء من الثبات والحزم ، بالاضافة الى عدم اعداد نفسه للظروف الحياتية الطارئة .[٢٢] وهذا كله ينعكس على عمله الوظيفي انعكاساً يكون في الغالب سلبياً، وقد يؤدي الى ايجاد ضغط العمل .

ثالثاً: طبيعة ونوعية الثقافة التي تأثر بها وورثها الموظف عن عائلته واسرته. وهذه الثقافة تؤثر على وسائل معالجته لعمله الوظيفي، وبالتالي شعوره أو عدم شعوره بضغط العمل .[٢٣]

٢- الجوانب الشخصية والسلوكية الداخلية :

تتمثل أهم مصادر ضغط العمل الوظيفي المتعلقة بالجوانب الشخصية والسلوكية الداخلية فيما يلي:-

أولاً: عدم اطمئنان الموظف لقدرته على تحقيق اهداف العمل الذي يقوم بادائه ، وعدم ثقته باستطاعة الجهاز الاداري الذي يعمل فيه تحقيق هذه الاهداف.[٢٤] وهذه حالة من الحالات القاسية التي تثير شعور الاحباط لدى الموظف ،وتؤدى الى ايجاد ضغط العمل .

---

(٢١) قارن في هذا الشأن ما ذكره (Alexander Leighton) في مرجع الاساتذة:-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Personnel Administration). Herper and Brothers, New York, P.286.

(٢٢) قارن في هذا الشأن الدكتور عادل حسن والدكتور عبد المنعم فوزي(الادارة العامة) طبعة سنة ١٩٦٤، الناشر :منشأة المعارف، الاسكندرية، صفحة٢٣٣ وما بعدها. وتندرج في نطاق هذا المصدر بطبيعة الحال المشكلات الشخصية والعائلية والاسرية وغيرها من المشكلات التي يتعرض لها الموظف.

(٢٣) انظر في هذا الاتجاه:-

* Gerald E. Caiden (The Dynamics of public Administration). Holt Rinehart and Winston INC. New York , 1971.P.234.

(٢٤)- قارن في هذا الشأن وجهة نظر (Alexander Leighton) في معرض حديثه عن العلاقات الانسانية والمعنويه في العمل ، والتي وردت في مرجع الأساتذة:-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Public Personnel Administration). OP. Cit. P.P.286 F.F.

ثانياً: وجود قيم سائدة بين الموظفين داخل نطاق العمل ، تقلق الموظف وتثير في نفسه مشاعر عدم الرضا ، الأمر الذي يؤدي بدوره الى احساسه بضغط العمل.[٢٥]

ثالثاً: عدم وضع الموظف في العمل الذي يناسب مؤهلاته العلمية وخبراتة العملية وميوله ومهاراته الوظيفية، بالاضافة الى عدم مساعدته من قبل المسؤولين في الجهاز الاداري على تعلم واستيعاب المعلومات المتعلقة باعمال معينة.[٢٦] وكل هذه المسائل تسبب في ضوء المنطق والعقل والواقع، ضغطاً شديداً في العمل.

رابعاً: وجود علاقات عمل سيئة بين الموظف وبين (رؤسائه)أو (زملائه)أو(مرؤوسيه) تتمثل في فقدان الثقة الشخصية والوظيفية بينهم جميعاً[٢٧] ، وقيام منافسة غير صحية ولا مشروعة، وحدوث صراع حاد في نطاق العمل ، وما يتفرع عن كل هذه الأمور من مشكلات شخصية وسلوكية ونفسية مؤلمة، تنطوي على مخاطر جسيمة ، وتؤدي الى ايجاد ضغط العمل .[٢٨]

---

(٢٥) * Gerald E. Caiden (The Dynamics of public- Administration). Op. Cit. P. 234.

(٢٦) أنظر في هذا الشأن :-

* Gerald E. Caiden (The Dynamics of Public Administration) Op. Cit. P. P. 234 F. F.
* Herbert Hicks and C. Ghllett (Organization - Theory and Behaviour) Mcgrow - Hill Kogakusha, Tokyo,1975, P.194.

(٢٧)- أنظر في هذا الشأن :-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Public Personnel Administration).Op. Cit. P. 286.
* Gerald E.Caiden (The Dynamics of Administration) Op. Cit. P. 234.

والدكتور عمار بوحوش (نظريات الادارة العامة) سلسلة ابحاث تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية، العدد ٢٣٥ . ١٩٨٠، صفحة ٤١ وما بعدها . والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٢ وما بعدها.

(٢٨) أنظر تفصيلاً في الصراع داخل المنظمات والاجهزة الادارية:-

* P.Lawrence and J.Lorsh (Organization and Environment) Richard D. Irwin, 1967, P. P. 74 F.F.
* R. H. Hall (Organizations, Structure and process) Prentice Hall, london, 1974, P, 202,
* D. Hellriegel and J.W.Slocum (Management: Contingency Approaches) Addison-Wesley Publishing Co. 1978,P,P.432 F.F.

والدكتور سمير أحمد العسكر (دور الصراع في الادارة) المرجع السابق ، صفحة ٢٦. والدكتورة رياض الزغل (الصراع داخل التنظيم – متابعه وصيرورته وعلاقته مع البيئة المحيطة) المرجع السابق، صفحة ٧٤.

خامساً: عدم توافر الامن والطمأنينة لدى الموظف في نطاق العمل. وينتج هذا عن افتقاره للمرتب المناسب ، والاستقرار الوظيفي الدائم ، ولفرص الترقية العادلة، وللمعاملة المحترمة والاعجاب والتقدير خاصة من قبل رؤسائه[٢٩].

وكل هذه المسائل والامور تعتبر مصدراً مهما من مصادر ضغط العمل .

وهكذا نخلص الى القول ، بأن ضغط العمل الوظيفي ينبع من الجوانب الشخصية والسلوكية الخارجية والداخلية معاً، ويظهر في ضوء مدى تأثر الموظف بهذه المصادر والاسباب.

الفرع الثاني
الجوانب التنظيمية والعملية

تظهر الجوانب التنظيمية والعملية كمصدر من مصادر ضغط العمل الوظيفي من خلال الجهاز الاداري نفسه. بمعنى أن التنظيمات العملية داخل هذا الجهاز ، وما يحيط بها وما يستتبعها من اوضاع ومؤثرات وروابط وعلاقات ومعوقات وظيفية مختلفة ، هي التي تؤثر على سير العمل ، وتكون بالتالي مصدراً لضغطه[٣٠].

وتتمثل أهم مصادر ضغط العمل الوظيفي المتعلقة بالجوانب التنظيمية والعملية فيما يلي:-

---

(٢٩) أنظر تفصيلاً في هذا الشأن :-

* William Mosher, J.Kingsley and O. Stahl (Public Personnel Admininstration) Op. Cit, P. 292.
* L.A.Presten (Organization-Theory and Practice) Op.Cit. P.148.

والدكتوران عادل حسن وعبد المنعم فوزي (الادارة العامة) المرجع السابق، صفحة٣٣٤. والدكتور سليمان الطماوي (مبادىء علم الادارة العامة) طبعة سنة ١٩٦٩، الناشر :-دار الفكر العربي، القاهرة، صفحة ٦٠٩ وما بعدها.

(٣٠) لاحظنا من خلال اطلاعنا على المراجع العلمية التي عدنا اليها في هذا المجال ، أن بعض الفقهاء دمج الكثير من هذه المصادر في مفاهيم واحده ، فجاءت غامضة مفتقرة الى الوضوح . كما أن بعض هؤلاء الفقهاء أغفل العديد من هذه المصادر فلم يأت على ذكرها رغم اهميتها !!.

أولاً: عبء العمل الوظيفي وظروفه ومشكلاته الفنية العادية والطارئة . فكلما ازدادت الاختصاصات الوظيفية ، كلما ازدادت الضغوط العملية بصورة مطردة . يضاف الى هذا أن ظروف اداء العمل نفسه ، ووجود مشكلات فنية مقترنة به بصورة مستمرة سواء كانت عادية أو طارئة، تؤدي جميعها الى ايجاد ضغط العمل لدى الموظف واثقال كاهله به(٣١).

ثانياً: ضغط الوقت .فالعمل الوظيفي مرتبط ارتباطاً حتمياً بحقوق وحريات المواطنين الذين يريدون بداهة إنهاء معاملاتهم وتحقيق مصالحهم بأسرع وقت ممكن ، الامر الذي يجد معه الموظف أنه ملتزم بسرعة انجاز الاختصاصات في وقت محدد دون أي خيار، وهذا الالتزام الوقتي المقترن أيضاً بمدى حرص الموظف على اتقان عمله ، ومسؤوليته امام رؤسائه عن سرعة الانجاز، يولد لديه في الغالب- اذا لم ينظم تنظيماً سليماً - ضغطاً عملياً ملموساً (٣٢).

ثالثاً: الخلل في خطوط الاتصال والتنظيم والتنسيق والاشراف داخل الجهاز الاداري، سواء وقع هذا الخلل في هذه المسائل بين الرئيس الاداري وبين مرؤوسيه ، أو بين الموظفين بعضهم وبعض ، الامر الذي يختل معه توزيع العمل ، وتنشأ في ظله فوضى ادارية تؤدي الى عدم وجود توازن تنفيذي للاختصاصات الوظيفية(٣٣) ، وهذه الاوضاع التنظيمية في وصفها المتقدم - وفي تقديرنا -

---

(٣١) - انظر في هذا الشأن :-

* Herbert Hicks and C. Ghllett (Organization - Theory and Behavior) . Op. Cit.P. 194.

(٣٢) ظهرت في الاونة الاخيرة دراسات عديدة اهتمت بمعالجة (الوقت) نذكر منها :-

* H.Seyle (The Stress of life) Revised edition, McGraw-Hill Book Co. New York, 1976. P.P.15 F.F.

* L.A. Presten (Organization -Theory and practice) Op. Cit.p.210.

وباللغة العربية انظر الدكتور راندل ستولر (ادارة التوتر تعني ادارة الوقت) مقال ترجمه الاستاذ صلاح الصلدي، منشور في المجلة العربية للادارة ، تصدرها المنظمة العربية للعلوم الادارية ، المجلد الرابع ، العدد الثالث ، ١٩٨٠ ، صفحة ٤٣.

(٣٣)- قارن في هذا المجال:-

* H.Koontz and C.O, Donnell (Principles of Management-An analysis of managerial functions) .Op. Cit.P.P.72F.F.

والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص- دراسة مقارنة) المرجع السابق، صفحه ٢٠٣ - ٢٠٤ . والدكتور [illegible] حسن زويلف (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) المرجع السابق، صفحة ٥١ ، ٥٢.

تعتبر مصدراً من مصادر ضغط العمل .

رابعاً : عدم تحديد الاختصاصات الوظيفية داخل الجهاز الاداري تحديداً دقيقاً وواضحاً بأسلوب علمي حديث يسهل على الموظفين ادائهم لها [٣٤] ، والخروج عن نظام تـدرج الوظائف ووحده الرئاسة على الموظف الواحد [٣٥].وهذه الاوضاع التنظيمية ايضاً تعتبر مصدراً اساسياً من مصادر ضغط العمل.

وهكذا نخلص الى القول ، بأن ضغط العمل الوظيفي ينبع ايضاً من الجوانب التنظيمية والعملية الاساسية، ويظهر في ضوء مدى تأثر الموظف بهذه المصادر والاسباب.

المطلب الثاني

مدى مواجهة ضغط العمل

هناك أربع مراحل لضغط العمل الوظيفي ، تبدأ في التدرج من الحالة العادية التي يمارس فيها الموظف عمله، وتصعد الى أعلى مدى من ضغط العمل يواجهه هذا الموظف[٣٦] .

---

(٣٤) يعني تحديد الاختصاصات الوظيفية تعريف كل موظف من الموظفين داخل الجهاز الاداري باختصاصاته تعريفاً دقيقاً ومفصلاً ، بحيث لا يرجع الى أي موظف آخر الا في الحالات التي تخرج عن نطاق اختصاصاته انظر في هذا الموضوع :-

* H.Koontz and C.O, Donnell (Principles of management - An analysis of managerial Functions). O p. Cit.P.72.

(٣٥) يعني هذا النظام تعدد المستويات والمراكز الوظيفية مع تدرجها وتماسكها في خطوط تربط كل رئيس بمرؤوسيه، بحيث يعرف الرئيس الاداري جميع مرؤوسيه ، ومدى الاختصاصات والسلطات والمسؤوليات المنوطة بكل واحد منهم . كما يعني هذا النظام ايضاً عدم تعدد الرئاسات على المرؤوس الواحد ، لأن التعدد يؤدي الى مشكلات ادارية وعملية عديدة. انظر في هذا الموضوع :-

* Marshall Dimock and Gladys Dimock and Louis Koining (Puplic Administration) Op. Cit . P.P.376 F.F.

* Fritz Marx (Elements of pulic Administration) Op. Cit. P.140.

وسنذكر القارىء بهذا النظام عند تناولنا لمداخل العلاج التنظيمية في موضع لاحق من هذا البحث .

(٣٦) * F.H.Mumford (Organizational Behaviour) Private Limited , India, 1986, P.202.

ويمكن توضيح هذه المراحل كما يلي :-

أولاً:مرحلة التحمل : وفي هذه المرحلة يشعر الموظف بضغط في العمل ، ولكنه يتحمله ويواجهه دون أي تغيير في سلوكه الاعتيادي سواء كان هذا السلوك شخصياً أو وظيفياً [٣٧]. وتستمر هذه المرحلة لفترة قد تطول وقد تقصر ، تبعا للعوامل المؤثرة في مدى تحمل الموظف لضغط العمل ، والتي سنشرحها بعد قليل .

ثانياً: مرحلة الشعور: وفي هذه المرحلة يحدث تغيير طفيف في سلوك الموظف الشخصي والوظيفي (كتغيير في عاداته الشخصية وعلاقاته الاجتماعية وحالته الصحية والنفسية، وفي معاملاته مع رؤسائه وزملائه، وفي وسائله المتبعة لأداء عمله وغيرها...) ويكون سبب هذا التغيير شعوره بوجود ضغط مستمر في العمل يسعى بجهد اضافي لمواجهته[٣٨].

ثالثاً: مرحلة الخضوع : وفي هذه المرحلة يحدث تغيير كبير واضح وملموس في سلوك الموظف الشخصي والوظيفي، سببه وجود ضغط مؤثر في العمل ينبع من مصادره المتعددة التي سبق تبيانها [٣٩].

رابعاً: مرحلة التمزق والانهيار: وفي المرحلة النهائية ، يصل ضغط العمل الى ذروته ، الامر الذي يؤدي الى تغير جذري في سلوك الموظف الشخصي والوظيفي ، كما قد يؤدي الى مضاعفات خطيرة منها الاصابة بأمراض جسدية ونفسية كالاعياء والشعور بالاغماء المتقطع ، والانهيار العصبي وغيرها [٤٠].

هذه هي مراحل ضغط العمل الوظيفي التي تتدرج صعودياً . فهل يبدأ الموظف حتماً -عند وجود مثل هذا الضغط- بمواجهة المرحلة الاولى منها لينتقل الى المرحلة الثانية فالثالثة فالرابعة؟.

---

(٣٧) قارن في هذا الشأن :-

* F.H.Mumford (Organizational Behaviour) Op.Cit.P.210.

(٣٨) * F.H.Mumford (Organizational Behaviour) Op.Cit .P.210.

(٣٩) أنظر في هذا المجال مرجع الأستاذ:-

* L. A. Presten (Theory and Problems of Social Psychology) D.C.Heathe and Company, New York (and London) 1984, P.361.

(٤٠) * L.A. Presten (Theory and Problems of social psychology) Op.Cit. P.P.360 F.F.

- F. H. Mumford (Organizational Behaviour) Op. Cit. P.23.

للاجابة عن هذا التساؤل نقول بأن نطاق المواجهة والمرونة ، يتأثر - في تقديرنا- بعدة عوامل قد تؤدي بدورها الى تحمل الموظف لضغط العمل الوظيفي أو إلى عدم تحمله له .

بمعنى أن هذه العوامل هي التي تحدد مرحلة ضغط العمل التي يعيشها الموظف وينجز اعماله في نطاقها ، فيبقى فيها أو ينتقل الى تاليتها .

وفي ضوء ما تقدم ، يمكن ايجاز أهم العوامل التي تؤثر في تحمل الموظف لضغط العمل الوظيفي أو عدم تحمله له فيما يلي :-

أولاً: الادراك : إن ادراك الموظف لوجود ضغط في العمل ، يؤدي الى بداية تفكيره بهذا الضغط، ومن ثم توسيع احساسه تجاهه لمواجهته ومعالجته . فالادراك مرحلة تمهيدية، ولكنها في الوقت نفسه مرحلة اساسية للاحساس بضغط العمل الوظيفي.[(٤١)]

ثانيا: خصائص الموظف : تتبدى أهم هذه الخصائص بشخصية الموظف وسماتها العامة المتداخلة بها والمتفاعلة معها ، كثقافته العامة والمتخصصة، وشعوره بالقلق والاكتئاب الظاهر أو المبهم ، وحبه أو كرهه للمنافسة مع زملائه داخل الجهاز الاداري الذي يعمل فيه ، وخوفه أو عدم خوفه من الفشل في ادائه لعمله أو اتقانه له ، وشدة حساسيته وافراطها سواء في معاملة الناس أو لما يدور حوله من أقوال وافعال ، وخصائصه الوراثية، وتربيته البيتية ، وطبيعة المجتمع الذي يعيش فيه ، وغيرها .[(٤٢)]

ثالثاً: الخبرة العملية : فالموظف الذي يملك خبرة عملية مناسبة ، يستطيع أن يواجه ضغط العمل الوظيفي ويعالجه بقدرة ومرونة ودراية اكثر من ذلك الموظف الذي يفتقر الى مثل هذه الخبرة[(٤٣)].ويمكننا أن نضيف هنا عامل (العمر) الذي يرتبط بالخبرة العملية

---

(٤١)- إنظر الدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ،صفحة ٢٩ ، ٣٠، حيث يقول :-

(يجب أن نوضح بأن الاحساس بوجود ضغط العمل يعتمد على مدى ادراك الاداري لوجود مثل هذا الضغط . أي أن ادراكه لوجود أحد مصادر الضغط هو الذي يؤدي الى الشعور والاحساس بوجود مثل هذا الضغط ويجب أن لا ننسى أن ادراك الاداري لتوفر المصادر مرتبط اولاً واخيراً بنظامه الادراكي او المعرفي ...) .

(٤٢)- أنظر في هذا المجال الدكتور ابراهيم العمري (السلوك الانساني) المرجع السابق ، صفحه ١٧. والدكتور مهدي حسن زويلف (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) المرجع السابق ، صفحة ٤٠ وما بعدها . وجدير بالذكر أننا هنا قد أوردنا امثلة متعددة لهذه الخصائص بالرغم من اننا لم نجدها في المراجع التي عدنا اليها.

(٤٣) * M.Dunnette (Handbook of Industrial and organizational Psychology) Op. Cit. P. 1379.

نفسها ، ويدل على الاتزان النفسي والنضوج العقلي والعاطفي للموظف ، ويساعده على مواجهة ومعالجة ضغط العمل الوظيفي.

رابعاً: الدعم : وتعني به هنا الوقوف بجانب الموظف الذي يواجه ضغط العمل ومساندته وتشجيعه مادياً وادبياً، سواء من قبل رؤسائه أو من قبل زملائه في الجهاز الاداري الذي يعمل فيه وفي الاجهزة الادارية الاخرى التي يتعامل معها.

ويلعب الدعم والتعزيز هنا دوراً مؤثراً في قدرة الموظف على مواجهة ومعالجة ضغط العمل الوظيفي.[٤٤]

وهكذا نخلص الى القول ، بأن هذه العوامل ، تلعب دوراً مؤثراً في القدرة على مواجهة ومعالجة الموظف لضغط العمل الوظيفي ، أو في عدم القدرة على مواجهته ومعالجته له ، الامر الذي قد يوصل بعض فئات الموظفين الى مرحله (الخضوع) أو الى مرحلة (التمزق والانهيار) وما تؤدي اليه من مشكلات شديدة "الخطورة في الاجهزة الادارية المختلفة".

المبحث الثالث
آثار ضغط العمل

عند توافر مصادر ضغط العمل الوظيفي التي تناولناها في المبحث الثاني من هذا الفصل ، تبدأ آثار هذا الضغط بالظهور لدي الموظف في حدود عوامل المواجهة التي ذكرناها.

ويذهب جانب من الفقه ، الى أن ضغط العمل الوظيفي لا يؤدي بالضرورة الى آثار أو مظاهر سلبية ، بل قد يؤدي الى آثار أو مظاهر ايجابية ، تتمثل في تحمس الموظف لمواجهته وذلك بقوة الارادة ودوام التعلم وبذل المزيد من الجهد والمثابرة، الامر الذي يحسن

---

(٤٤) M.Dunnette (Handbook of Industrial and Organizational Psychology) Op. Cit. P. 1:79.

الاداء الوظيفي ، ويرفع مستوى الكفاءة والفاعلية في انجاز العمل.[٤٥]

ومع تقديرنا لهذا الرأي ، إلا أننا لا نتفق معه ، ونرى بأن مثل هذه الآثار الايجابية قد تبدو في المرحلة الاولى فقط من مراحل ضغط العمل الوظيفي ، حيث يتحمل الموظف هذا الضغط ويواجهه دون أي تغيير في سلوكه الاعتيادي ، سواء كان هذا السلوك شخصياً أو وظيفياً ، وهنا قد تظهر بعض الآثار أو المظاهر الايجابية التي يتحدثون عنها ، وهي آثار قليلة ومحددة.

أما في المراحل التالية، فتبدأ الاثار السلبية لضغط العمل بالظهور رويداً رويداً ، وقد تؤدي - اذا لم تعالج - إلى مشكلات شديدة الخطورة سواء لشخص الموظف نفسه ، أو للجهاز الاداري الذي يعمل فيه .[٤٦]

وبناء على ما تقدم ، يمكن تقسيم الآثار السلبية لضغط العمل الوظيفي الى آثار سلبية شخصية، وآثار سلبية تنظيمية. وفي ضوء ذلك ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، نتناول في اولهما الآثار السلبية الشخصية، ونتحدث في ثانيهما عن الآثار السلبية التنظيمية.

المطلب الأول
الآثار السلبية الشخصية

تتمثل -في رأينا- أهم الآثار السلبية الشخصية لضغط العمل الوظيفي التي قد يصيب احدها او بعضها الموظف فيما يلي :

---

(٤٥) * Harold leavitt (Managerial Psychology) University of Chicago, Press Chicago, London, 1978, P. 20.

* T. Beehr (Personnel and Organizational Strategies for Handling Job Stress) Personnel Psychology, Vol. 32, 1979, P.P. 1 F.F.

* J. Yates (Managing Stress) American Management Association, 1979 P.P. 29 F.F.

* L. A. Presten (Organization-Theory and Practice) Op. Cit, P. 225.

(٤٦) * R.Benson (How much Stress is too much) H.B.R.1978, P,86.

* J.Yates (Managing Stress) Op. Cit. P.30.

أولاً : احتمال اصابة الموظف بأمراض جسدية وصحية منها ارتفاع ضغط الدم وما قد يؤدي اليه من انفجار في الشرايين خاصة الشرايين الدماغية ، ومنها الازمات القلبية البدائية والمتوسطة والحادة والقاتلة ، ومنها القرحة المعدية والمعوية البدائية والحادة ، ومنهاالتردد العقلي الشعوري واللاشعوري الذي يؤدي الى اختلال السمـــع واختلال التوازن الجسدي ، ومنها آلام الظهر والاعياء الشديد الدائم للبدن والصداع والشعور بالاغماء المتقطع والمتوقع والمفاجئ ، ومنها ضعف النظر وارهاق العيون ، ومنها الترهل والخمول واضطراب الدورة الدموية وفقدان الشهية للطعام ، ومنها تضخم أو التهاب البروستاتا المتصل بالتفكير العقلي ، وغيرها من الامراض التي يحتاج كل مرض منها الى علاج ناجح قد يستغرق وقتاً طويلاً ومعاناة مريرة ومالاً كثيراً بالاضافة الى النتائج العلاجية التي لا يمكن التكهن بها .[٤٧]

ثانياً : احتمال اصابة الموظف بأمراض نفسية وعقلية منها الانطواء داخل نطاق الجهاز الاداري وخارجه ، ومنها الشعور بفقدان الأمان والخوف والحيرة والتوتر الدائم، ومنها الاضطرابات العصبية العادية والتشنجية التي قد تخلق تعثر الكلام ، ومنها اللامبالاة المرضية الشعورية واللاشعورية ، ومنها الاحباط وما يسببه من قلق وضيق شديدين ، ومنها التأزم النفسي الذي يوجد الانفجارات الانفعالية المترددة ، ومنها فقدان الثقة بالنفس وبالغير ، ومنها فقدان الطاقة النفسية وانهيار الروح المعنوية ، ومنها الصراع النفسي الذي يؤدي الى استجابات نفسية قاسية وخيالات وهذياناً ونسياناً وشروداً ، ومنها الشعور بالحزن والاسى والهم والاكتئاب وغيرها من الامراض التي يحتاج كل مرض منها -شأنه شأن المرض الجسدي والصحي - الى علاج ناجح قد يستغرق وقتاً

---

(٤٧) انظر في هذا الشأن :

- J. Quick (Reducing Stress Through Preventive Management) Human Resources Management, Vol. 18, 1979, P. P. 15 F.F.
- L. A. Presten (Theory and Problems of Social Psychology) Op. Cit. P. 378.

وجدير بالذكر اننا لم نجد مثل هذه الامثلة الوافية لهذه الأمراض في المراجع التي قرأناها . ولكننا عدنا في محاولة لفهم بعض الحقائق الاساسية عن هذه الامراض الى بعض المجلات الطبية . والى اصحاب الخبرة والاختصاص من الاطباء .

طويلاً ومعاناة مريرة ومالاً كثيراً ، بالاضافة الى النتائج العلاجية التي لا يمكن معرفتها مسبقاً .[٤٨]

المطلب الثاني
الآثار السلبية التنظيمية

تتمثل أهم الآثارالسلبية التنظيمية لضغط العمل الوظيفي فيما يلي :

أولاً : الصراع الوظيفي داخل الجهاز الاداري الذي يقوم على اساس توزيع حصص الاختصاص ، سواء بين الموظف وبين زملائه ، أو بينه وبين رؤسائه ، الأمر الذي يؤدي الى خلل واضطراب في خطوط التنظيم والاتصال والتنسيق والتخطيط من جهة ، والي كثرة الشكوى والتذمر والتظلم من جهة اخرى . وهذه كلها آثار سلبية على سير العملية الادارية نفسها .[٤٩]

ثانياً : الاهمال في الاداء الوظيفي وفقدان الرغبة الحقيقية في العمل ، وكثرة الاخطاء فيه ، الأمر الذي يعكس فوراً تدني مستوى الانجاز ، وبالتالي هبوط كفاءة وفاعلية الجهاز الاداري ..[٥٠]

---

(٤٨) انظر في هذا الشأن :

* Harold Leavitt (Managerial Psychology) Op. Cit. P. P. 20, 43.
* J. Quick (Reducing Stress Through Preventive Management) Op. Cit. P. P. 15 F.F.
* L.A. Presten (Theory and Problems of Social Psychology) Op. Cit. P. 379.

ومن الفقه العربي : الدكتور زكي محمود هاشم (الجوانب السلوكية في الادارة) المرجع السابق ، صفحة ١٠١ ، والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، ص ٣٥ ، والدكتور مهدي حسن زويلف (علم النفس الاداري ومحددات السلوك الاداري) المرجع السابق ، ص ٢٥ وما بعدها . والدكتور سمير العسكر (دور الصراع في الادارة) المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها .

(٤٩) قارن هذا المجال :

* P. Lawrence and J. Lorsh (Organization and environment) Op. Cit. P. 74.

والدكتور زهير الصباغ (ضغط العمل) المرجع السابق ، صفحة ٣٦ ، والدكتور سمير العسكر (دور الصراع في الادارة) المرجع السابق ، ص ٣٦ .

(٥٠) * J. Quick (Reducing Stress Through Preventive Management) Op. Cit. P.P. 15 F.F.

ثالثاً : ارتفاع نسبة التغيّب عن العمل وارتفاع نسبة الاستقالة منه ، إما بسبب الآثار السلبية الشخصية التي تناولناها في المطلب السابق ، او بسبب التهرب من الضغوط الوظيفية المتلاحقة ، الأمر الذي يعوّق سير العملية الادارية ، ويعود بالخسائر السلبية الفادحة على الجهاز الاداري نفسه .

رابعاً : كثرة وقوع الحوادث خاصة في الأعمال الوظيفية ذات الطبيعة المادية والفنية ، وذلك بسبب الافتقار الى التركيز اللازم والمستمر . وهذا يؤدي الى خسائر في الاشخاص والاموال معاً . (٥١)

وهكذا نخلص الى القول ، بأن لضغط العمل الوظيفي آثار سلبية شخصية وآثار سلبية تنظيمية ، قد يتجمع بعضها مع البعض الآخر نتيجة لهذا الضغط المستمر، الأمر الذي يؤدي الى نتائج عملية سيئة وخطيرة تؤثر بدورها وبهذا الوصف على النشاط الاداري للدولة بوجه عام .

---

(٥١) انظر في هذا الخصوص: *F.H. Mumford (Organizational Behaviour) Op. Cit. P. 320

الفصل الثاني
الاسس العلاجية لضغط العمل الوظيفي

قدمنا بأن الآثار السلبية لضغط العمل الوظيفي تبدأ في مراحله التالية بالظهور رويداً رويداً ، وقد تؤدي اذا لم تعالج في حينها ، الى وقوع مشكلات شديدة الخطورة ، سواء على شخص الموظف نفسه او على الجهاز الاداري الذي يعمل فيه ، وقد اوردنا اهم هذه الآثار لتبيان مدى اهميتها وخطورتها خاصة وأن محصلتها تؤثر في النهاية تأثيراً سيئاً على النشاط الاداري للدولة بوجه عام .

وفي ضوء ما تقدم، فإننا نرى بأنه لا بدّ من ايجاد رؤيا علاجية لضغط العمل الوظيفي، تضع بعض الحلول المناسبة له لتحد من آثاره السلبية ، وتؤدي الى انجاز الاعمال بسرعة وكفاءة وفاعلية . وتحقيقاً لذلك ، خصصنا هذا الفصل الذي سنحاول فيه الكشف عن أهم هذه الحلول العلاجية ، والذي سنقسمه الى مبحثين ، نتناول في أولهما مداخل العلاج الشخصية ، وندرس في ثانيهما مداخل العلاج التنظيمية .

المبحث الأول
مداخل العلاج الشخصية

من الاصول المنطقية القول ، بأنه اذا عرف الداء ، اضحى من الممكن ايجاد الدواء . وقد حاولنا في الفصل السابق من هذا البحث الكشف -بقدر امكانياتنا وظروفنا- عن أهم اسباب ومصادر ضغط العمل الوظيفي وآثاره السلبية الشخصية والتنظيمية معاً . فاذا استطعنا ان نجتهد في وضع بعض الحلول العلاجية لهذه الاسباب والمصادر ، فإننا نكون قد استطعنا في الوقت نفسه الحدّ من ضغط العمل الوظيفي بقدر الامكان .

وفي ضوء ما تقدم ، يمكن ايضاح مداخل العلاج الشخصية الاساسية التي نرى اهميتها لضغط العمل الوظيفي فيما يلي :

---

* V. Buck (Working under pressure) India, 1972, P.P. 22 F.F. (٥٢)
* T. Beehr (Personal and Organizational strategies for Handling Job Stress), Op. Cit. P.1.

أولاً : ضرورة قيام الموظف من تلقاء نفسه بتغيير اسلوب حياته الاسرية والعائلية والاجتماعية اذا احس بأن هذا الاسلوب يؤثر على انجازه لاختصاصاته بالسرعة اللازمة المقترنة بالكفاءة والفاعلية. [٥٢] ويكون ذلك -في تقديرنا- بأعادة تقييم هذا الاسلوب ، ليناسب واجباته ومعطياته العملية المطلوبة منه . فالانشغالات والمطالب الاسرية والعائلية والاجتماعية في بعض الاحيان، تكون على حساب العمل الوظيفي ، وذلك بتعويقه وجعله يتراكم على الموظف ، الأمر الذي يثقل كاهله ويرهقه .

يضاف الى ما تقدم ، ضرورة قيام الموظف من تلقاء نفسه ايضاً ، بالتخطيط المسبق لكيفية التصرف في مواجهة ضغط العمل ، واعداد نفسه بالوسائل التي يراها ناجحة ومناسبة لمقابلة الازمات والظروف العملية الطارئة بشيء من الارادة والحزم والرجولة، وتعويد النفس على الثقة ، لايجاد القدرة الدائمة على العمل .

ثانياً : اعتناء الاجهزة الادارية المختلفة بصحة الموظف العام الجسدية والنفسية والعقلية . فمعظم هذه الأجهزة في كثير من الدول ، لا تنظر بجدية الى مشكلات العاملين فيها بقدر ما تنظر الى ادائهم وانتاجهم فقط ، الأمر الذي يتعين معه الاهتمام البالغ بايجاد المكان المناسب للعمل ، والحرص على النظافة التامة ، وتوفير الخدمات الصحية الجيدة والحديثة بيسر وسهولة .

على أن المدخل المتقدم يقابله مطلب ملح من الموظف نفسه ، وهو ان يبادر هذا الموظف بالاعتناء بصحته الجسدية والنفسية والعقلية بصورة دائمة ومستمرة ، وأن لا يهمل أية حالة مرضية تعترية لكي لا تتفاقم ويصعب علاجها . بالاضافة الى اللجوء لعلاج وقائي يغيب عن بال معظمنا ، وهو استغلال الاجازات لراحة الجسد وصفاء النفس وتنقية الفكر ، فالاجازة المريحة في كثير من الاحيان لها قوة العلاج . [٥٣]

---

(٥٣) قال الرسول محمد صلى الله عليه وسلم : (روّحوا القلوب ساعةً بعد ساعة ، فإن القلوب اذا كلّت عميت) .

ثالثاً : قيام الرؤساء والمسؤولين الاكفاء في الجهاز الاداري بتحسين العلاقات الانسانية والعاطفية والاجتماعية بين العاملين في هذا الجهاز بكافة الوسائل المناسبة المشروعة وعلى كافة المستويات الوظيفية ، وايجاد الوسائل المعقولة لتقليل الصراع أياً كان نوعه . ولا يعني هذا ابداً ضرورة التدخل في الحياة الشخصية للموظفين لتحسين علاقاتهم ببعضهم ، فمثل هذا التدخل مُحرّم ومرفوض في عالم الوظيفة العامة . [٥٤] ولكن ذلك يعني تسخير القدرة القيادية الحكيمة والمتزنة المتوافرة في الرئيس الاداري لتحسين العلاقات بين الموظفين، والحد من مشكلات الصراع بأنواعه .

يضاف الى ما تقدم ، أن هناك التزام يقع على عاتق الموظفين انفسهم ، يتمثل في ضرورة التعاون المستمر بينهم في اداء العمل الوظيفي ، وذلك لتخفيف ضغط العمل الذي قد يتعرض له أي واحد منهم ، على أن يكون هذا التعاون المحبب والمهم في اطار المشروعية .

رابعاً : مكافأة وتشجيع الموظف من قبل رؤسائه والمسؤولين في الجهاز الاداري عن أعماله والجازاته الاصيلة او التي يكلف بها ، بالحوافز الادبية والمادية ، وذلك في فترات دورية مناسبة . كذلك توفير المناخ العملي والاجتماعي والنفسي النقي والمريح للموظفين من جانب هؤلاء المسؤولين ، لايجاد الشعور بالأمن والطمأنينة ، وبالتالي تحمل ضغط العمل بالتقبل والرضا .

يضاف الى ما تقدم ، أن على الرؤساء الاكفاء احترام زملائهم ومرؤوسيهم وتقديرهم واشعارهم بأهميتهم في انجاز العمل ، والاستماع الى آرائهم واقتراحاتهم والاهتمام بها وتفهمها ، الأمر الذي يرفع روحهم المعنوية ،

---

(٥٤) انظر في هذا الخصوص مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا في مصر . حكمها في ١٩٥٨/٦/٢١ ، السنة القضائية الثالثة ، صفحة ١٤٣١ . والدكتور سليمان الطماوي (القضاء الاداري / الكتاب الثالث / قضاء التأديب / دراسة مقارنة) طبعة سنة ١٩٧٩ ، الناشر : دار الفكر العربي ، القاهرة ص ٣١٩ .

ويساعدهم على العمل بنشاط وسرعة وكفاءة . [٥٥]

وهكذا نخلص الى القول ، بأن الاجتهادات العلاجية الشخصية المتقدمة ، تساعد - في تقديرنا- على الحد من ضغط العمل الوظيفي ، والتخفيف من آثاره السلبية .

المبحث الثاني
مداخل العلاج التنظيمية

قدمنا في المبحث الاول من هذا الفصل ، عند تناولنا لمداخل العلاج الشخصية ، بأننا اذا استطعنا ان نجتهد في وضع بعض الحلول العلاجية لأسباب ومصادر ضغط العمل الوظيفي التي اوردناها استقلالاً ، فإننا نكون قد استطعنا في الوقت نفسه الحد من هذا الضغط بقدر الامكان . وهذا القول يمكن ايراده ايضاً في هذا المبحث الذي يتناول مداخل العلاج التنظيمية .

وفي ضوء هذه الحقيقة ، يمكن ايضاح مداخل العلاج التنظيمية الاساسية التي نرى اهميتها لضغط العمل الوظيفي فيما يلي :

اولاً : ضرورة تدريب الموظف تدريباً نظرياً وتدريباً عملياً مستمراً على انجاز العمل من جهة ، وعلى مواجهة ضغط هذا العمل من جهة اخرى . ويقتضي ذلك اتباع الوسائل والطرق الحديثة المدروسة لرفع كفاءة ومهارات هذا الموظف ، وتزويده بالقدرات الفعالة للقيام بأعماله على أفضل الوجوه. ونحن نرى في هذا

---

(٥٥) انظر في هذا الشأن :

* Gerald E. Caiden (The Dynamics of public Administration) Op. Cit. P. 234.
* Dale S. Besch (Personnel-The Management of people at work) Macmillan Publishing Co. INC, New York, 1980, P. 443.
* J. Gray and F. Strake (Organizational Behaviour-Concepts and Applications). Op. Cit P. 54.
* John Hilman (Art of Leadership). D. C. Heath and Company, New York (And London), 1986, P. 300.

ومن الفقه العربي الدكتور سليمان الطماوي (مبادئ علم الادارة العامة) المرجع السابق ، صفحة ٦٠٩ وما بعدها .

والدكتور بشار عبد الهادي (دراسات وابحاث في الادارة العامة والقانون الاداري) طبعة سنة ١٩٨٣ ، الناشر دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان صفحة ١٤ وما بعدها .

المجال ضرورة اطلاع الموظف العام على واقع (الادارة العامة) للدولة بمختلف اقسامها وفروعها ، وتأهيله نظرياً وعملياً - أياً كانت طبيعة دراسته المتوسطة او الجامعية او العليا - لفهم الاسس الادارية فهماً متعمقاً سليماً . فالملاحظ في كثير من الدول انها تقوم بتعيين فئات مختلفة من الموظفين أتموا دراسات علمية أو فنية ، ولكن هذه الدراسات لم تتناول مبادئ الادارة العامة النظرية والتطبيقية ، مما يجعلهم في وضع وظيفي يفتقرون فيه الى ادراك فلسفة العمليات الادارية ووسائل مباشرتها . وهذا الأمر ينعكس بدوره على كفاءتهم وفاعليتهم ، ويوجد لديهم ضغط العمل الذي يثقل كاهلهم مهما اعطوا من رعاية عاطفية [٥٦] .

ثانياً : تعديل انظمة او كوادر الاجور والمرتبات والمعاشات والعلاوات التي تدفع للموظفين بين فترات زمنية معقولة ، لتناسب جهودهم وظروف حياتهم من جهة، ولتحقق حكمة المبدأ الاصولي المتمثل في ان الأجر يكون بقدر حجم العمل من جهة اخرى .

يضاف الى ما تقدم ، وجوب تعديل انواع واساليب وعدد الاجازات التي تعطى للموظفين بين فترات مناسبة ايضاً ، بحيث تزداد فرص الاستفادة منها ، والتخفيف بوساطتها من حدة ضغط العمل الوظيفي ، كذلك ضرورة تقييم معايير الترقية للموظف في الجهاز الاداري ، بحيث تتحقق هذه الترقية في ضوء توازن عملي مدروس ، وعدالة وظيفية تامة [٥٧] .

ونحن نرى في هذا المجال ايضاً ، ضرورة ايجاد اوضاع وظيفية في الاجهزة الادارية تريح الموظف خلال حياته الوظيفية ، وتعمل على تخفيف ضغط

---

(٥٦) انظر في هذا الخصوص :

* L.A. Presten (Organization-Theory and Practice) Op. Cit. P. 224.

ومن الفقه العربي الدكتور بشار عبد الهادي (دراسات وابحاث في الادارة العامة والقانون الاداري) المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٥٧) انظر في هذا الشأن :

* L.A. Presten (Organization-Theory and practice) Op. Cit. P. 227

* J.Hewst (Elements of public Administration) prentice-Hall of India private Limited, India, 1986, P.P. 25 F.F

العمل الذي قد يواجهه، وتنشط قدراته واستعداداته العملية، كالاستيداع لفترة زمنية محددة ، وكتوفير فرص الاعارة سواء داخل الدولة أو خارجها ، وغيرها من الاوضاع [٥٨] .

ثالثاً : تقييم نظم واجراءات الاجهزة الادارية في اوقات دورية مناسبة ، لتنقيتها من أي تعقيد او تضارب او خلل قد يطرأ اثناء سير النشاط الاداري . بالاضافة الى وجوب وضع تخطيط سليم ومدروس من قبل المسؤولين وأصحاب الاختصاص والخبرة ، يهدف الى حسن انجاز العمل الوظيفي في كل جهاز اداري على حدة ، وذلك في ضوء الظروف الخاصة به ، الأمر الذي قد يقتضي اجراء تعديل في الهيكل التنظيمي لهذا الجهاز . وهذه الخطوات كلها، تتوخى انسياب العمل بيسر وسهولة ، والتخفيف من ضغوطه على الموظفين .

رابعاً : تحديد الاختصاصات الوظيفية لكل موظف في الجهاز الاداري ، وتبيان مدى سلطاته ومسؤولياته ، وذلك بوسائل سهلة وواضحة ، ليتجنب هذا الموظف صراع الانجاز الوظيفي ، أو غموض وابهام هذا الانجاز [٥٩] .

يضاف الى ما تقدم ، ضرورة القيام بالتفويض الاداري للاختصاصات الوظيفية في حدود النصوص التشريعية الآذنة به ، والتشجيع عليه سواء بين الرؤساء وزملائهم ، أو بين الرؤساء ومرؤوسيهم . فحكمة التفويض وأهميته وغاياته لم تعد خافية على أحد ، خاصة وأنه في مجال هذا الحديث وسيلة فعالة من

---

(٥٨) نعني بالاستيداع الذي نريده لهذه الغاية ، تجميد وضع الموظف العام بطلب منه لفترة زمنية محددة ، وحجب الراتب والعلاوات والاقدمية عنه خلال هذه الفترة ، مع الاحتفاظ له بوظيفته وبالعودة اليها سواء بعد انتهاء الفترة الزمنية او بطلب يقدمه لأنهاء فترة استيداعه وقد اختلفت الدول في تنظيمها للاستيداع من حيث معناه وشروطه ، ويعود هذا الاختلاف في تقديرنا الى الظروف الخاصة بكل دولة على حدة

(٥٩) انظر في هذا المجال .

* H. Koontz and C.O'Donnel (Principles of Management An analysis of Managerial Functions) Op. Cit. P.P. 72 F.F.

* W. Duncan (OЯganizational Behaviour) Op. Cit. P 185

وسائل التعاون بين الموظفين للحد من ضغط العمل . [٦٠]

خامساً : زيادة وتشجيع الاتصالات المفتوحة والمباشرة بصورة دائمة بين الموظفين في الجهاز الاداري ، والاهتمام البالغ بتنظيم وتنسيق العمل داخل هذا الجهاز ، سواء بين الرؤساء وبين مرؤوسيهم ، أو بين هؤلاء المرؤوسين بعضهم وبعض ، الأمر الذي يوجد استقراراً وظيفياً وتعاوناً عملياً ، ويؤدي الى هبوط في ضغط العمل . [٦١]

سادساً : وضع الموظف في العمل الذي يتفق وتخصصه العلمي الدقيق من جهة ، والذي يناسب ميوله ومهاراته من جهة اخرى ، مع اعطائه الوقت الكافي والمناسب لانجازه ، فممارسة التخصص في اطار الميول والمهارات ، وفي نطاق الوقت المعقول ، لا يوجد - في الغالب الاعم - ضغطاً في العمل الوظيفي ، بل يزيد من كفاءة وفعالية الموظف ويرفع من روحه المعنوية ، ويدفعه باستمرار نحو الابتكار والابداع .

يضاف الى ما تقدم ، ضرورة توفير المعلومات والبيانات والجداول ومجموعات القوانين والانظمة واللوائح والتعليمات والقرارات والمراجع الكافية واللازمة للموظفين لانجاز اعمالهم ، بالاضافة الى ايجاد الامكانيات البشرية والمادية

---

(٦٠) انظر تفصيلاً في موضوع تفويض الاختصاص :

* Eli Nobleman (The Delegation of presidential functions-Constitutional and Legal Aspects). The Annals of the American Academy of political and social Science. Vol. 307,1956. P.P. 134 F.F.
* H.B. Roy (Principles of Management) D.C. Heath and Company, London 1986, P.P. 100 F.F.

ومن الفقه العربي الدكتور عبد الفتاح حسن (التفويض في القانون الاداري وعلم الادارة العامة) المرجع السابق ، صفحة ٥٥ وما بعدها ، والدكتور بشار عبد الهادي (التفويض في الاختصاص-دراسة مقارنة) المرجع السابق ، ص ١٤٣ وما بعدها.

(٦١) ويمكن ان نضيف ايضاً في هذا المجال ضرورة اتباع (نظام تدرج الوظائف ووحدة الرئاسة) ويعني هذا النظام تعدد المستويات او المراكز الوظيفية مع تدرجها وتماسكها في خط يربط كل رئيس بمرؤوسيه ، مما يؤدي الى ان يعرف الرئيس الاداري جميع مرؤوسيه من حيث مدى سلطات كل واحد منهم ، ومدى مسؤولياته ، كما يؤدي الى عدم تعدد الرئاسات على المرؤوس الواحد .. فالخروج على هذا النظام يؤدي الى اختلاط وتضارب في الاختصاصات داخل الجهاز الاداري ، وبالتالي الى وجود ضغط في العمل الوظيفي . انظر تفصيلاً في هذا الشأن :

* Marshall Dimok and Gladys Dimok and Louis Koining (Public Administration) Op. Cit. P.P. 379 F.F.
* Fritz Marx (Elements of Public Administration) Op. Cit. P. 140.
* H.B. Roy (Principles of Management) Op. Cit. 201.

المساعدة والمناسبة لاتمام العمل .[٦٢]

يضاف الى ما تقدم ايضاً ، ضرورة زيادة فرص مشاركة الموظفين في اتخاذ القرارات الادارية اما بصورة مباشرة ، او عن طريق من يمثلونهم ، فشعور الموظف العام بأنه يشارك بطريقة من الطرق بتسيير العملية الادارية في جهازه الاداري ، وبأن له دور -مهما صغر- في ذلك ، يجعله دائم القدرة على مواجهة ضغط العمل .[٦٣]

(٦٢) [illegible] [illegible]oduction to public Administration) Op. Cit. P. 175.

(٦٣) انظر في هذا الشأن :

[illegible] Job Decision Latitude and Mental Strain). Administrative [illegible] 1979, P.P. [illegible] F.F.

[illegible] mag. ment) Op. Cit. P. [illegible]

ومن الفقه العربي الدكتور [illegible] الطماوي [illegible] الادارة العامة) المرجع السابق [illegible]

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث المتواضع (ضغط العمل في نطاق الوظيفة العامة) من جانبه التحليلي وجانبه العلاجي ، وذلك في ضوء قناعتنا بأهمية هذا الموضوع المتعلق بشخص الموظف العام من جهة ، وبالجهاز الاداري الذي يعمل فيه من جهة اخرى .

وقد قمنا ضمن اطار حداثة هذا الموضوع وندرة المراجع التي عرضت لبعض جوانبه بعد ان ظهرت الحاجة الماسة لمعرفة كنهه ، بدراسة الاسس العامة لضغط العمل الوظيفي من حيث تعريفه ، وعلاقته بأوجه السلوك في الجهاز الاداري ، ومصادره الشخصية والسلوكية والتنظيمية والعملية ، ومدى مواجهته ، وآثاره السلبية الشخصية والتنظيمية، كما قمنا بدراسة الاسس العلاجية لضغط العمل من حيث مداخلها الشخصية ومداخلها التنظيمية .

ومن خلال مسيرتنا في هذا البحث ، حاولنا بقدر امكانياتنا وظروفنا ، وضمن تجاربنا الشخصية في الجامعة الاردنية لمواجهة ضغط العمل بأقسى ظروفه والوانه ، ان نبدي بعض الآراء والاجتهادات والملاحظات التي رأيناها مناسبة . آملين ان نقدم بها جهداً علمياً متواضعاً يكون لبنة من لبنات هذا النوع من الدراسات .

ولا يسعنا هنا الا القول ، بأن مواجهة ضغط العمل ، ومحاصرة آثاره السلبية التي تؤثر على الموظف وعلى سير العملية الادارية ، قد تحتاج الى الأخذ بجميع الحلول العلاجية التي اقترحناها ، وقد تحتاج الى الأخذ ببعضها فقط ، وذلك في ضوء اوضاع اجهزة الدولة الادارية وظروف العمل فيها ، وان كنا نفضل الاخذ بها جميعاً ، اذا كان ذلك ممكناً .

وآخيراً ، فإننا نتمنى على الفقه الاداري وعلى اصحاب الاختصاص والخبرة القانونية والادارية في الدول ، الاهتمام بالموضوعات التي تعالج المشكلات الانسانية والعملية والواقعية التي يواجهها الموظف العام ، لوصفها والكشف عن جوهرها واقتراح حلولها ، وذلك في ضوء التطور الهائل والايقاع السريع الذي تعايشه اجهزة الدول الحديثة ، خاصة وأن الدراسات المقارنة اصبحت مصدراً خصباً للافادة من خبرات وتجارب هذه الدول .

والله ولي التوفيق

جامعة الامارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانــون

قسم القانــون

إنهــاء عقد فتح الاعتمــاد البســيط

دكتور حسين يوسف غنايــم

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

بكلية الشريعة والقانون ـ جامعة الامارات العربية المتحدة

إنهاء عقد فتح الاعتماد

تمهيد وتقسيم:

تضطلع المصارف بوظيفة هامة بالنسبة للاقتصاد الوطني تتجسد في توزيع الائتمان (١) ، إذ أنها تتلقى الودائع النقدية من جمهور المدخرين وتستخدمها في منح القروض للتجار والصناع (٢) .

ويعتبر عقد فتح الاعتماد بمثابة " اتفاق إطار " يمكن أن تتم في كنفه كافة صور الاعتمادات المصرفية (٣) crédits bancaires ومعلوم أن هذه الاعتمادات قد تكون مباشرة بحيث تؤدي لوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل كما هو الحال بالنسبة للقروض وخصم الأوراق التجارية والاعتمادات البسيطة والتسهيلات (٤) avances ، كما قد تكون غير مباشرة بحيث تتجسد في صورة توقيع المصرف بضمان

---

(١) يعرف الائتمان بأنه عبارة عن مبادلة قيمة آجلة بقيمة عاجلة . انظر : Charle Gide Principles of Political Economy london 1930 , P .287. ويعتبر الائتمان في نظر بعض الاقتصاديين واحدا من أشهر مراحل التطور التي شهدتها البشرية ، تلك المراحل المتمثلة في مرحلة التعامل بالمقايضة ومرحلة التعامل بالنقد ومرحلة التعامل بالائتمان . انظر : إبراهيم رضوان العبادلة . الجهاز المصرفي والمالي في الكويت ، دوار الوطن للصحافة والطباعة والنشر يناير سنة ١٩٨٠ صفحة ١١ .

(٢) انظر : مصطفى كمال طه . القانون التجاري : الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك والإفلاس ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ١٩٨٦ رقم ٥١٥ صفحة ٤٥٥ .

فقد ذكرالبعض : " At a very Fundamental level banks are financial instituitions that act as intermediaries between savers and borrow ers ".

انظر : Bank : Managenent and Regulation by : Anthony saunders,Gregory F . Udell, Lawrence J.white , california 1992, p.1 .

(٣) انظر محمود مختار بريري المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٦ صفحة ٦ .

(٤) ترى محكمة النقض المصرية أن وصف " التسهيلات الائتمانية " يشمل كلا من الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان .

انظر نقض مصري في ١٩٦٩/١٢/٣٠ طعن ٤١٢ س ٣٥ق . أشار لذلك أنور طلبة ، مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ، الجزء الخامس دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ١٩٨٤ صفحة ٢٧٠ . وهو موقف يساير التوجه الحديث الذي لم يعد يعتبر التسهيلات الائتمانية مجرد عمل له طابع المجاملة المحضة مما يسمح للمصرف بانهائها في أي وقت :انظر (cass. com. 18 oct . 1962, gaz, pal , 1973 - 75] وإنما يعتبرها منشئة لعلاقة فتح اعتماد بحيث لايمكن للمصرف التحلل منها بمحض إرادته تأسيسا على أن لها طابع المجاملة غير الملزمة قانونا : (أنظر : Grenoble , 7 juillet 1976, D . 1976 - 489]) .

العميل في علاقته بالغير كما هو الحال بالنسبة للكفالة المصرفية وعملية الاعتماد بالقبول التي يجريها المصرف بشأن الأوراق التجارية التي يسحبها العميل عليه .

ويعتبر عقد فتح الاعتماد (١) واحدا من الاعتمادات المباشرة كما أسلفنا إذ يمكن تعريفه بأنه عبارة عن عقد يلتزم المصرف بمقتضاه بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف عميله بحيث يكون له حق استعماله مرة واحدة أو على عدة مرات خلال أجل معين (٢) .

ومن أهم الإشكالات العملية التي نواجهها بالنسبة لهذا العقد لجوء المصرف لإنهائه قبل حلول الأجل المتفق عليه إما تنفيذا لشرط سبق تضمينه عقد فتح الاعتماد أو خوفا من عدم ملاءة العميل المحتملة .

ونظرا للمخاطر والأضرار التي يسببها تصرف المصرف بهذا الصدد لكل من العميل والغير ، فقد استحوذت هذه المسألة على إهتمام بالغ من جانب الفقه والقضاء والتشريع في الدول المختلفة ، الأمر الذي يعكس أهمية تناول الموضوع بالدراسة .

ويمكن للمتتبع لأسباب إنهاء الاعتماد أن يلحظ تصنيف هذه الأسباب في زمرتين (٣): أسباب إرادية كحلول الأجل المتفق عليه أو قيام المصرف بذلك فجأة وأخرى غير إرادية كوفاة المستفيد من الاعتماد .

---

(١) يسمى بالفرنسية crédit simple ويسمى بالانجليزية clean credit انظر : جعفر الجزار ، العمليات البنكية مبسطة ومفصلة ، دار النفائس ، بيروت الطبعة الأولى سنة ١٩٨٥ صفحة ٩٢ .

(٢) انظر المواد ٤٢٠ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و ٣١٠ تجارة لبناني و ٤٠٥ تجارة سوري و ١١٨ تجارة لبناني . وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " عقد بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة مقابل التزامه بأداء العمولة المتفق عليها ولو لم يستخدم الاعتماد لصالحه " أنظر نقض مصري ١٩٨٣/٣/٢٨ طعن ٦٩٢ س ٤٩ .

(٣) انظر : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، دار الفكر ١٩٦٩ رقم ١١٨ صفحة ٢٥٦ .

وواقع الأمر أن مدى حق المصرف في إنهاء عقد فتح الاعتماد يختلف تبعا لما إذا كان هذا الاعتماد محدد المدة أو غير محدد المدة ، كما أن ثمة نتائج هامة تترتب على هذا الانهاء .

وعلى ذلك ، فسنتناول إنهاء الاعتماد محدد المدة في مبحث أول وإنهاء الاعتماد غير محدد المدة في مبحث ثان ثم نخصص مبحثا ثالثا لتناول الجزاء المترتب على إنهاء الاعتماد ، وسننهج في هذه الدراسة نهج الدراسة المقارنة قدر الإمكان مستلهمين التوفيق فيما نحن ذاهبون إليه .

المبحث الأول

إنهاء عقد الاعتماد محدد المدة

إذا فتح الاعتماد لمدة معينة ، فالأصل أنه لايجوز إنهاؤه قبل حلول الأجل المتفق عليه (١) ، إلا أن مدة الاعتماد تعتبر أجلا لصالح المصرف من حقه أن يتمسك بحلوله كمبرر لإنهاء العقد ، ومن حقه أيضا أن يطيل ذلك الأجل ويستمر في تمويل العميل (٢) .

وعليه ، فإذا كان الاعتماد محدد المدة أو مرتبطا بعملية لها أجل ، فمن المتعين على المصرف احترام تعهده والالتزام بتنفيذه طالما كان الأجل قائما ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة حيث يمكن للمصرف قبل حلول الأجل في بعض الأحيان (٣) ، وحقه هذا لايعدو كونه تطبيقا للقواعد العامة ، ويتحقق ذلك في عدة حالات منها :

١ - إخلال العميل بالتزامه العقدي عن طريق عدم تنفيذ ماسبق له التعهد به في عقد فتح الاعتماد ، كما لو لم يعمد ذلك العميل لتقديم الضمانات وفقا لما سبق الاتفاق عليه ، الأمر الذي يخول المصرف الاحتجاج بذلك كمبرر لإنهاء الاعتماد عن طريق فسخ العقد(٤) .

----

(١) انظر : شكري أحمد السباعي ، الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، الرباط ١٩٨٨ صفحة ٤١٣ .

(٢) انظر : على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٨، رقم ٤٤٣ صفحة ٣٥٠ . وانظر ادوار عيد ، العقود وعمليات المصارف بيروت ١٩٦٨ رقم ٢٠٨ صفحة ٥٦٩ .

(٣) انظر :، René Rodière, jean - Louis , Rivés- Lang , Droit Bancaire , Troisième édition , paris 1980, no 244, P . 319 .

(٤) انظر المواد ٢٧٤ معاملات مدنية إماراتي ، ١١٨٤ مدني فرنسي و ٢٠٣ مدني أردني و ١٦١ مدني مصري و ١٦٢ مدني سوري .

٢ - خطأ العميل في استخدام الاعتماد المفتوح لصالحه والخروج به عما خصص له طبقا للعقد . ويتوسع الشراح في ذلك فيضيفون لهذا السبب تصرفات العميل التي تجافي حسن النية . ولو كان ذلك خارج العلاقة العقدية مع المصرف ، كما لو تخلف العميل عن دفع ديونه الأخرى أو عاون منافس المصرف أو نقل عملياته إلى مصرف منافس (١) .

وإلى جانب ما سبق ، فهنالك حالات أخرى تخول المصرف إنهاء الاعتماد من جانبه ومن أهمها الشروط الاتفاقية للإنهاء وانهيار الثقة في العميل باعتبار عقد فتح الاعتماد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي . وسنتناول كلا من الحالتين الأخيرتين في مطلب مستقل .

---

(١) أنظر : علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

المطلب الأول

الشروط الاتفاقية لإنهاء الاعتماد

قد يعمد المصرف إلى تضمين عقد فتح الاعتماد شروطا تخوله إنهاء العقد بإرادته المنفردة ، وتتخذ هذه الشروط في الغالب صورا شتى وفقا للتفصيل التالي :

أ - قد يحتاط المصرف سلفا فيخول نفسه حق إلغاء الاعتماد أو تعليقه عند تحقق أحوال معينة (١) كتوقف النشاط cessation d'activité وطلب الصلح الودي concordat amiable وحجز ما للعميل لدى المصرف ، وعمل بروتستو عدم الوفاء لكمبيالة تحمل توقيع العميل ، وقيام العميل بقبول كمبيالة مجاملة (٢) . فغني عن القول إن تحقق أي من الحالات المشار اليها يخول المصرف الحق في إنهاء الاعتماد أو تعليقه وذلك إعمالا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " شريطة تحمل هذا المصرف عبء إثبات تحقق الحالة التي يدعى بقيامها .

ومن أمثلة هذه الأحوال أيضا تضمين عقد فتح الاعتماد مايسمى بشرط الإخلاص clauuse de fidelité وهو شرط يلتزم العميل بمقتضاه بقصر كافة عملياته المصرفية المستقبلية على المصرف فاتح الاعتماد ، فإذا أخل العميل بذلك سقط الأجل وجاز للمصرف إنهاء العقد (٣) .

---

(١) أنظر : Jack vézian, la responsabilité du banquier en droit privé français , troisième èdition, paris 1983 , no 289, p. 204 .

(٢) أنظر : Henrion et Simonet, les aspects juridiques et économigues du crédit à court terme , Bruxelles 1960 , P .181

(٣) قضت بصحة هذا الشرط محكمة استئناف Agen في ٦ مارس ١٩٧٦ سيري ١٩٧٧ قضاء صفحة ٤٩٤ وتعليق مؤيد للأستاذ ستوفليه . أشار لذلك ، علي جمال الدين عوض . عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٤٤ ص ٣٥١ .

وعلى الرغم مما سبق ، إلا أننا نرى أنه قد ولى إلى غير رجعة ذلك العهد الذي كان ينظر فيه إلى العلاقة بين المصرف فاتح الاعتماد وعميله بأنها مجرد علاقة تعاقدية محكومة بمبدأ " نسبية آثار العقد " أو بمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " . فالمصرف تاجر سلعته النقود وقد حدت هيمنته على توزيع الائتمان بالبعض إلى القول أنه يملك حق الحياة أو الموت بالنسبة للمشروعات الاقتصادية (١) وهو عموما في نظر الاقتصاديين محور أو حجر الزاوية بالنسبة للاقتصاد: The Pivot of economy (٢) .

وغني عن القول إن تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية ، وتحول الدولة من دولة حارسة إلى دولة متدخلة ، كل ذلك ألقى بظله على وظيفة المصرف فيما يتعلق بتوزيع الائتمان ، حيث أن أثر قرارات المصرف بهذا الصدد لايقف عند حد العميل باعتباره طرفا في العقد ، وإنما يتجاوزه للغير بل للاقتصاد القومي بأسره ، وقد بلغت خطورة النظرة إلى وظيفة المصرف الائتمانية بالبعض (٣) إلى المناداة باعتباره " مرفقا عاما " مما يقيد من سلطان الإرادة الذي تمتع به في ظل سيطرة نظام الدولة الحارسة ، ومما يلزم المصرف - في وقتنا الحاضر - بوضع سياسة ائتمانية تراعي ماتضعه السلطة العامة عن طريق البنوك المركزية من توجهات وضوابط ، ومما يجعله معرضا للتدخل المباشر أو غير المباشر من قبل السلطة العامة التي تمارس ضغوطها الأدبية والمادية أحيانا .

---

(١) أنظر : Michel Vasseurs, Banquier en 1983-(2) Banque 1983, P.28

(٢) أنظر : Tim clarke & Willian vincent , Banking Under Pressure, Breaking the chains , Butterworth , London 1989, P. 4.

(٣) أنظر : Houin , obs. Rev. trim . dr. com 1955, P. 150 . حيث ورد : ومع ذلك يمكن تكوين تصور آخر للمصرف ، فهو اداة خدمة عامة لتوزيع وتنظيم الاعتماد : Mais en peut avoir une autre conception de la banque, instrument d'une service publique de distribution et de regulation de crédit .

والملفت للنظر أن فكرة اعتبار المصرف " مرفقا عاما " لم تلاق قبولا لدى الفقه فقط ، وإنما بلغت حدا من الانتشار بحيث تسربت إلى أحكام القضاء . فقد تقرر في حكما لمحكمة باريس سنة ١٩٦٧ :" وعلى الأخص ، من المتعين على المصرف - حتى لوكان خاصا - أن يتحاشى تأدية عملياته للإضرار بالغير . . . إن مساهمته في الخدمة العامة عن طريق توزيع الائتمان تلزمه باتخاذ كافة الاحتياطات الضرورية (١) .

والواقع أن عمل المصارف في توزيع الائتمان يرتكز أساسا على الثقة الشخصية التي يوليها المصرف للعميل حيث أن عقد فتح الاعتماد من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي ، فإذا افتقر العميل لثقة المصرف فلا مجال لقيام عقد الاعتماد أو بقائه وعليه فإن من المتعذر الحديث عن " حق في الائتمان " يتعين على المصرف - باعتباره مرفقا عاما توفيره إعمالا لمبدأ " المساواة بين جمهور المنتفعين " الذي يحكم عمل المرافق العامة . ويستتبع ذلك استبعاد إسباغ فكرة " المرفق العام " بمعناها في نطاق " القانون العام " على المصارف حتى لوكانت هذه المصارف عامة لاخاصة

ولكننا نرى أن خطورة عمل المصرف في توزيع الائتمان ، وإرتباطه بالمصلحة العامة ، وتجاوز آثار قراراته بهذا الصدد إلى الغير . كل ذلك يقتضي رصد سياسته الائتمانية وإخضاعها لقدر من الرقابة والهيمنة ، صحيح أن ذلك ينبغي أن لا يقود الى الشطط بحيث يعتبر المصرف " مرفقا عاما " كما أسلفنا ولكن الصحيح أيضا أن الرابطة العقدية بين المصرف والعميل في ظل نظام الدولة المتدخلة - لايتفق تماما والمعني الحرفي

---

(١) cour de paris 26 mai 1967, J. C.P 1968 11 15518 " Spécialement , une banque même privé , doit éviter que ses opérations ne soient une source de préjudice pour le tiers...... Sa participation au **service publique** constitute la distribution du crédit l'oblige a prendre toutes precautions nécessaires

لمبدأي " نسبية آثار العقد " و " العقد شريعة المتعاقدين " وتخضع بالتالي خضوعا كليا لأحكامهما ، وخاصة بالنسبة لقرار المصرف بإنهاء الاعتماد بإرادته المنفردة إعمالا للشروط التي يتضمنها عقد فتح الاعتماد . ونحن نشارك أستاذنا الدكتور علي البارودي رأيه في أن هذه الشروط تخضع لرقابة القضاء ولا يمكن أن تكون مطلقة حتى لو كانت صياغتها تحمل معني الإطلاق (١) .

ب - قد يعمد المصرف إلى تضمين عقد فتح الاعتماد شرطا يخوله حق إنهائه في أي وقت بإرادته المنفردة (٢) فما مدى سلامة مثل هذا الـ[illegible] من الناحية القانونية ؟ وما مدى [illegible]ق المصرف في إنهاء الاعتماد إستنادا إلى هذا الشرط ؟ .

في الواقع ، يمكن تقسيم الشروط التي تعلق عليها العقود إلى عدة فئات وفقا للتفصيل التالي (٣) :

(١) شروط يتوقف وقوعها على المصادفات conditions casuelles بحيث لايكون هذا الوقوع رهنا بإرادة أي من طرفي العقد ، وتعرف بالشروط الاحتمالية ، ومثال ذلك أن يعلق أحد المتعاقدين التزامه على وصول البضاعة سليمة إلى الميناء المقصود .

---

(١) أنظر : علي البارودي .. العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، بدون تاريخ رقم ٢٦٠ ص ٣٧٣ .

(٢) ورد النص على هذا الشرط في نموذج عقد فتح إعتماد بالحساب الجاري المعتمد لدى بنك أبوظبي الوطني على النحو التالي " المادة ٧ - يمكن أن ينتهي مفعول هذا العقد إما لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون . وإما بناء على مشيئة المقرض الذي يمكنه كل آن أن يضع حدا للاعتماد ويوقف الحساب الجاري ويختمه (ينهيه " Terminate" بإشعاره المقترض بذلك " .

(٣) أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (٣) نظرية الالتزام بوجه عام ، دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨ رقم ١٢ ص ١٧ ، أنظر : معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٧ صفحة ٥٥٣ .

(٢) شروط يرتبط تحققها أو وقوعها بمشيئة أحد طرفي العقد وتعرف بالشروط الإرادية conditions potestatives ومثال ذلك أن يعلق أحد المتعاقدين التزامه على قيام الطرف الآخر بالزواج .

(٣) شروط مختلطة conditions mixtes يرتبط تحققها بإرادة أحد طرفي العقد من جهة وبعامل خارج عنها كمحض الصدفة أو إرادة الغير من جهة أخرى . ومثال ذلك أن يعلق أحد المتعاقدين التزامه على قيام الطرف الآخر بالزواج من فتاة معينة ، فهذا الشرط متعلق بإرادة من أشترط عليه الزواج من ناحية ،، ثم بإرادة من اشترط الزواج بها من ناحية أخرى .

ولا تثير الشروط الاحتمالية أو الشروط المختلطة صعوبة تذكر ، فهي شروط صحيحة لأنها أمور غير مستحيلة الوقوع ، كما أنها غير محققة الوقوع في نفس الوقت ، فوقوعها غير منوط بإرادة أحد الطرفين المحضة (١) ، ومن هنا جاز تعليق الالتزام عليها ، فالمادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري تقضي بأن " يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع "(٢) . ولكن الصعوبة تثور بالنسبة للشروط الإرادية التي يمكن تقسيمها بدورها إلى صنفين :
(أ) شروط إرادية بسيطة conditions simplement potestatives ويعتبر الشرط كذلك حين يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام إلا أن هذه الإرادة لا تكون مطلقة وإنما مقيدة بظروف وملابسات أخرى كشرط النجاح في الامتحان ، إذ أن تحقيق ذلك ليس مرتبطا فقط بإرادة من يطلب منه النجاح وإنما هو مرتبط بظروف أخرى قد لايكون له سلطان عليها ، الأمر الذي يجعل تحققه أمرا غير منوط بإرادة أحد الطرفين المحضة وبالتالي يجيز تعليق الالتزام عليه .

---

(١) انظر : أنور طلبة ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ، بدون تاريخ ص ٣٥٣ .

(٢) تقابلها المواد ٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و ٢٦٥ سوري و ٢٥٢ ليبي و ٨١ لبناني و ٢٨٥ عراقي .

(ب) شروط إرادية محضة conditions purement potestatives ويعتبر الشرط كذلك حين يتعلق بمحض إرادة أحد طرفي العقد دون إرتباطها بأية ظروف أو ملابسات أخرى . فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطا صحيحا ، أما إن تعلق بمحض إرادة المدين بحيث علق ذلك المدين قيام الالتزام على محض إرادته ، إن شاء أقامه ، وإن شاء أزاله ، فإن مثل هذا التعليق يكون معيبا ولايقوم الالتزام المعلق عليه مهما تكن طبيعته (١) ، ومن أمثلة ذلك ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه يعتبر شرطا إراديا محضا متعلقا بإرادة المدين ومن ثم يكون باطلا الاتفاق على ألا يأخذ الوارث حقه من التركة إلا بعد توقيع عقد القسمة بين جميع الورثة . ففي هذه الحالة يكفي أن يمتنع أحد الورثة عن توقيع العقد حتى يحال بين ذلك الوارث والحصول على حقه (٢) .

وبطلان الشرط الإرادي المحض المتعلق بإرادة المدين مقرر في التشريعات المختلفة أيضا وليس أمرا مقررا بحكم القضاء فقط ، فالمادة ٢٦٧ من القانون المدني المصري تقضي بأن " لايكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم" (٣) ، وتقابلها المادة ١١٧٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على مايلي : Tout obligation est nulle lorsqu'elle à été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ".

كما يقابلها الفصل ١١٢ من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي جاء نصه على النحو التالي : " يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم (الشرط الإرادي) ، ومع ذلك يجوز لكل من الطرفين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه . ولا يسوغ إشتراط الاحتفاظ بهذا الحق في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في الإبراء من الدين ولا في بيع الأشياء المستقبلة المسمى بالسلم " (٤) .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري صفحة ١٢ .

(٢) انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير ١٩٠٠م ، ١٢ ، صفحة ١٢٦ .

(٣) تقابلها المواد ٢٦٧ سوري و ٢٥٤ ليبي و ٢٨٧ عراقي و ١/١٨٤ موجبات وعقود لبناني و ٢٣٦ سوداني و ١٢١ تونسي و ٣٢٥ كويتي .

(٤) انظر الفصل ١١٢ من القسم الثاني من الباب الأول من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

وغني عن القول إن اشتراط المصرف (وهو المدين بالالتزام المتمثل بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف العميل) أنه مخول بوضع نهاية للاعتماد بإرادته المنفردة يعتبر شرطا إراديا محضا حيث أنه يجعل قيام الالتزام رهنا بإرادة أو بمشيئة المدين ، ومن هنا وجدنا الفقه عموما يسلم ببطلان هذا الشرط إذا ورد في عقد فتح الاعتماد (١) .

---

(١) أنظر : سميحة القليوبي ، المرجز في القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٨ رقم ٤٦ صفحة ٢٧٢ ، وأنظر ، : مصطفى طه ، القانون التجاري : العقود التجارية ، الأوراق التجارية ، المرجع السابق رقم ٥٧٦ صفحة ٥١٣ ، وأنظر : محمد حسني عباس ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٧٢ رقم ١٧٥ صفحة ١٣٨ ، وأنظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة الجزء الثالث ، عمليات المصارف الطبعة الأولى بيروت ١٩٨٣ صفحة ٤٣٥ ، وأنظر : رزق الله انطاكي الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ٢٢٠ ص ٢٥٩ وأنظر :ادوار عيد - العقود التجارية وعمليات المصارف ، المرجع السابق رقم ٢٠٩ ص ٥٧٠ .

المطلب الثاني

إنهيار ثقة المصرف في العميل

هناك أربعة معايير جرى العرف المصرفي على مراعاتها عند منح الاعتمادات للعملاء هي : الشخصية character والمقدرة capacity ورأس المال capital والضمان collateral ويشار إليها في المراجع الأجنبية بعبارة : Four " c's" ofcredit (١) .

والواقع أن كلمة الاعتماد " أو " الائتمان " ليست إلا دليلا على الاعتبار الشخصي intuitu personae الأخلاقي لهذه العملية . فالكلمة الفرنسية "crédit " مشتقة من كلمة " credre اللاتينية التي تعني " الثقة والاطمئنان " (٢) .

وتأسيسا على ماسبق ، تقوم المصارف عادة قبل منح الاعتماد بالاستعلام عن العميل في الوسط الذي يعمل فيه أو يقيم فيه ، وتتبادل في العادة المعلومات المتعلقة بالعملاء بصفة سرية ، الأمر الذي أدى لوجود قائمة

---

(١) انظر : Day and Beza, money and Income , N.Y. Oxford University press 1960, p. 219.

ويرى John cochran أن هذه المعايير ثلاثة هي الشخصية والمقدرة ورأس المال .

أنظر كتابه : Money , Banking and Economy , London 1975, P. 157 .

وأنظر كذلك سامي خليل ، النقود والبنوك ، شركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع ، الكويت ١٩٨٢ صفحة ١٢٨ .

(٢) أنظر : انظر رزق اللاطاكي الاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ٩٧ صفحة ٢٣٣ ، وأنظر في نفس المعنى : محمود محمد أحمد الرزاز ، محاضرات في النقود والبنوك ، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٤ صفحة٧٦.

سرية liste noire بالأشخاص الذين يشكل التعامل معهم خطورة ما (١) .

وهكذا ، فإن عقد فتح الاعتماد يقوم على الاعتبار الشخصي وخاصة بالنسبة للعميل حتى لوكان الاعتماد مضمونا بتأمين عيني (٢) . فجدارة العميل بنيل الاعتماد la dignité de crédit هي الباعث الدافع لإبرام العقد من جانب المصرف فاتح الاعتماد .

وينبني على ماسبق عدة نتائج أهمهـا :

١ - إن الغلط في شخص العميل أو في صفاته الجوهرية يؤدي إلى بطلان العقد (٣) ، فالدعوة الصادرة من المصرف لفتح الاعتمادات لا تعتبر إيجابا يلزمه في مواجهة كل من يقبل التعاقد ، بل هي مجرد دعوة إلى التعاقد بحيث لايقوم العقد إلا بقبولٍ من المصرف لا حقٍ لإيجاب العميل .

وتفريعا على ماسبق ، فإن المصرف يلتزم فقط تجاه الموثوق به credite أي العميل الذي يفتح الاعتماد لصالحه ولا يتجاوزه إلى الورثة مثلا .

٢ - أنه لا يجوز للعميل أن يحيل حقه في الاعتماد إلى شخص آخر ، حيث أن الشخص الآخر قد لايكون أهلا للثقة التي أولاها المصرف للعميل ، وإن كان يمكنه توكيل غيره في استخدام ذلك الحق على أن يظل هو مرتبطا في مواجهة المصرف (٤) ، كما أن خطاب تثبيت الاعتماد lettre de confirmation غير قابل للتداول بالطرق التجارية (٥) نظرا لأن السماح بمثل هذا التداول يهدر الاعتبار الشخصي الذي يتسم به العقد .

---

(١) أنظر محي الدين اسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الثاني ، القاهرة ١٩٨٧ رقم ٩٣٥ صفحة ١٠٣٧ .

(٢) أنظر : مصطفى طه ، القانون التجاري : الأوراق التجارية والعقود التجارية ... المرجع السابق رقم ٥٧٥صفحة ٥١٣ .

(٣) أنظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق صفحة ٤٣٠ .

(٤) علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٣٧ صفحة ٣٤٧ .

(٥) أنظر : محمد حسني عباس ، عمليات البنوك ، المرجع السابق رقم ١٧٦ صفحة ١٣٩ .

وعليه ، فإن استخدام الاعتماد حق للعميل يتعلق بشخصه ولايجوز لدائنيه أن يستعملوه بدلا منه ، كما لايجوز لهم إجباره على الإفادة من الاعتماد بأن يحجزوا تحت يد المصرف على قيمة ذلك الاعتماد (١) .

٣ - أنه يجوز للمصرف إنهاء الاعتماد متى اختل توازن الاعتبارات أو العناصر الشخصية éléments personnales للعميل (٢) . ونظرا لتعلق هذه المسألة الشديد بموضوع بحثنا فسنوليها مزيدا من الشرح وفقا للتفصيل التالي :

هنالك أحوال تؤدي إذا ماقامت ، لاختلال توازن الاعتبارات الشخصية للعميل (٣) كنتيجة لتحقق حوادث جسيمة événements graves الأمر الذي يبرر للمصرف تعليق الاعتماد أو إنهاءه حتى لو لم يسبق الاتفاق على ذلك ، ومن أمثلة هذه الحوادث تصفية الممتلكات La liquidation de biens أو التسوية القضائية le règlement judiciaire أو فقدان الأهلية l'incapacité أو الوفاة le décés (٤) .

---

(١) أنظر : محي الدين اسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، المرجع السابق رقم ٩٣٦ صفحة ١٠٣٨ .

(٢) انظر : أكرم ياملكي وفائق الشماع ، القانون التجاري ، منشورات جامعة بغداد ١٩٨٠ صفحة ٣٦٨ .

(٣) أنظر : jack vézian , la responsabilité du banquier en droit privé français, op, cit, no 288, p. 204

وانظر : jean claude Bousquet, l'entreprise et les banques, librairies techniques , 1977, p. 79.

(٤) أنظر : سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٤٤ صفحة ٢٧٦ . ويرى البعض أن الوفاة لاتؤثر على العقود حيث أن حقوق المتوفي وواجباته تنتقل للورثة باعتبارهم من الخلف العام . أشار لذلك : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق صفحة ٢٥٧ . ونرى مع الغالبية أنه يصعب التسليم بذلك تأسيسا على استناد عقد فتح الاعتماد على الاعتبار الشخصي .

وإذا كان العميل شركة فإن الاعتماد ينقضي بحلها أو تصفيتها أو إفلاسها (١) . ويقال نفس الشيء في حالة تحول الشركة إلى شكل آخر حتى لو لم يؤد التحول الى ضعف مركزها المالي أو إنقاص الضمانات ، وذلك تأسيسا على أن الشكل القانوني للشركة forme juridique يعتبر واحدا من عناصر الخطر التي تؤخذ بعين الاعتبار عند فتح الاعتماد (٢) ، حيث أن تغير الشكل قد يؤدي لتغيير في نظام إدارة الشركة أو في الأشخاص القائمين على تلك الإدارة مما يؤدي لتغيير في مدى الخطر الذي يتعرض له المصرف .

ويضيف الفقه في العادة إلى ماسبق الحجر على العميل وإفلاسه واضطراب أعماله إضطرابا خطيرا وتوقفه عن الدفع حتى لو لم يثبت هذا التوقف بحكم (٣) ، وإرتكاب العميل لأفعال تخل بالشرف والاستقامة كما لو لجأ لعمليات مقامرة ، أو حكم عليه في جريمة نصب واحتيال أو في جريمة إصدار شيك بدون رصيد .

وقد ذكر اسكارا بهذا الصدد(٤) : إن عدم محافظة العميل على أهليته لنيل الاعتماد تشكل نوعا من الخطأ يبرر إعطاء الطرف الآخر - أي المصرف - حق المطالبة بالتعويض ، وخير تعويض يتسق مع هذا الخطأ هو رجوع المصرف عن الاعتماد المفتوح "(٥) .

ولكن هل يستطيع المصرف إنهاء الاعتماد أو تعليقه إذا لم يقع أي من الحوادث الجسيمة المشار إليها وذلك استناداً الى صيرورة العميل غير أهل للثقة التي أولاه إياها المصرف ؟ .

---

(١) أنظر : محي الدين اسماعيل ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، المرجع السابق رقم ٩٤٣ صفحة ١٠٤١ .

(٢) أنظر : Christian Galvada et jean soufflet, Droit de la banque, paris 1974, no 441 , p. 580

(٣) أنظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق صفحة ٤٣١ ، وأنظر : شكري أحمد السباعي ، الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن ، المرجع السابق صفحة ٤١٣ .

(٤) ايسكارا ، الجزء السادس ، صفحة ٤٧٣

وانظر ، René Rodière , Jean - Lauis , Rivés Lang , Droit Bancaire, op cit , no, 244, p.320.

(٥) أنظر رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ١٢٢ صفحة ٢٦٣ .

لقد تبنى الفقه الفرنسي بهذا الصدد قاعدة ذات أصل ألماني تسمح للمصرف بإلغاء الاعتماد إذا حدث مايخل بالجدارة لنيله La dignité du credit وذلك تأسيسا على أن منح الاعتماد من جانب المصرف مستند للثقة التي يوليها ذلك المصرف للعميل ، ولا يعتبر ذلك مجرد شرط إبتداء يتعين توافره عند فتح الاعتماد فقط وإنما هو شرط بقاء أيضا لا بد من قيامه طالما كان الاعتماد نافذا ، وإلا أصبح المصرف مخولا بالتحلل من التزامه في مواجهة العميل (١) .

ومع ذلك فإن المصرف يبقى على الدوام متحملا بعبء إقامة الدليل على قيام الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، وتبقى للقضاء سلطة تقدير جدية تلك الأسباب (٢) . أما إذا استند المصرف في قراره بإنهاء الاعتماد أو تعليقه إلى مجرد الحيطة والحذر استنادا إلى صعوبات مالية تكتنف المشروع ، فإن تصرفه هذا يعتبر إساءة لاستعمال الحق الذي خوله إياه القانون وخروجا على قواعد حسن النية مما يؤدي لقيام مسؤوليته في مواجهةالعميل (٣) .

وعلى العموم ، فلا بد من التمييز بين الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، فإذا تعلقت هذه الأسباب بظروف خارجة عن شخص العميل كالأزمات الاقتصادية والأحوال السياسية والاجتماعية غير المواتية defavorables فالأصل أنها لا تخول المصرف تعليق الاعتماد أو إنهاءه مالم تكتسب هذه الظروف وصف "القوة القاهرة" ، بحيث تجعل من المتعذر على المصرف تنفيذ التزامه لأسباب لا يد له فيها (٤) أو تفتح الباب لتطبيق نظرية "الظروف الطارئة" (٥) .

---

(١) أنظر : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ١١٧ صفحة ٢٥٦ .

(٢) أنظر : أدوار عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المرجع السابق رقم ٢٠٩ صفحة ٥٧٠ ، وأنظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق صفحة ٤٣٦ .

(٣) أنظر : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ١١٧ صفحة ٢٥٦ .

(٤) أنظر : ايسكارا الجزء السادس صفحة ٤٧٥ .

وأنظر : فابيا وصفا في شرح قانون التجارة م ٣١٠ رقم ٢٧ .

(٥) مع ذلك ، يرى البعض أنه يصعب تصور تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال إلغاء الاعتماد على الرغم من أن عقد فتح الاعتماد من عقود المدة حيث أن مبنى إعمال هذه النظرية هو إعادة التوازن بين التزامات المتعاقدين كنتيجة للإخلال الناجم عن الظروف والأحوال الطارئة ، بينما نحن هنا بصدد تحلل المصرف من التزامه في مواجهة العميل ، ولسنا بصدد إعادة التوازن . أنظر : Jack vézian, La responsabilité du banquier, op . cit , no 290, p. 205

أما إذا تعلقت تلك الأسباب بالنشاط الشخصي للعميل كالدسائس الماكرة manoeuvres déloyales والتصرفات غير المنتظمة comportement irregulière وسحب كمبيالات المجاملة tirage d'effets de complaisance فإن تصرف المصرف بتعليق الاعتماد أو إنهائه يكون مبررا ، إلا أن المصرف يبقى مع ذلك ملتزما بمراعاة مجموعة من الضوابط أهمها (١) :

١ - قيامه بإخطار العميل قبل لجوئه لإلغاء الاعتماد محدد المدة .

٢ - وفاؤه بالشيكات الصادرة قبل تاريخ الإلغاء ، أما بالنسبة للشيكات التي يصدرها العميل بعد الإلغاء ، فغني عن القول اعتبارها مفتقرة للرصيد sans provision حيث أن الرصيد ينبغي أن يكون معينا وقائما وقت إصدار الشيك .

٣ - استناده إلى مبرر مشروع لإلغاء الاعتماد ، فقطع الاعتماد اعتباطا brutalement يؤدي لقيام مسؤولية المصرف . وواقع الأمر أن مايبرر قطع الاعتماد محدد المدة ودونما إخطار مسبق هو وقوع خطأ جسيم une faute lourde من جانب العميل وتقدير ما إذا كان القطع أو الإنهاء مبررا أو غير مبرر خاضع لرقابة القضاء كما أسلفنا .

---

(١) Jack vézian , la responsabilité du banquier , op cit no, 290, p. 205.

وختاما ، هنالك حالة معينة لايخول فيها المصرف بإنهاء الاعتماد على الرغم من انهيار الثقة في العميل نتيجة طروء أسباب تخل بالاعتبار الشخصي ، وهي حالة كون الاعتماد مشترطا لحساب الغير (١) إذ يفترض عندها أن المصرف قد تزل مقدما عن التمسك في مواجهة هذا الغير بكل سبب ناشيء من هذا العقد أو مترتب علي سلوك العميل ، وبمعنى آخر ، فإن التزام المصرف في مواجهة المستفيد يعتبر التزاما مستقلا ، وذلك تطبيقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير (٢) . وقريب من ذلك تصرف المصرف بقبول كمبيالة سحبها عليه العميل ، فإن التزامه في مواجهة حاملها يبقى قائما على الرغم من اهتزاز الثقة في العميل ساحب الكمبيالة(٣) .

---

(١) أنظر : علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٤٨ صفحة ٢٥٣ .

(٢) طبقا للمادة ٢/٢٥٤من قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإنه يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يكسب هذا الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد .

(٣) طبقا للمادة ١/٥٢٦ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي فإنه إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة كان ملزما بوفاء قيمتها في ميعاد استحقاقها ، وفي حالة عدم الوفاء يكون للحامل الرجوع على المسحوب عليه القابل بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة .

المبحث الثاني

إنهاء عقد الاعتماد غير محدد المدة(١)

إذا فتح الاعتماد لمدة غير محددة ، فغني عن القول إن أيا من أطرافه يمكنه إنهاؤه بإرادته المنفردة (٢)، وذلك تطبيقا للقاعدة التي تحكم العقود المستمرة les contrats successifs (٣) ، والقول بغير ذلك يتنافى مع خصوصية هذه العقود إذ يجعل الالتزام فيها ذا طبيعة دائمة (٤) .

وعلى الرغم من أن البعض يرى في تخويل المصرف هذا الحق نوعا من الشرط الإرادي المحض (٥) ، إلا أننا

---

(١) تجدر الإشارة الى أن الأعتمادات غير محددة المدة هي الأكثر شيوعا في فرنسا . أنظر :
Christian Gavalda, Responsabilité Professionnelle du Banquier, Paris 1978, P. 50

(٢) غالبا ما يأتي الإنهاء من جانب المصرف حيث أن العميل يستطيع الوصول لنفس نتائج الإنهاء عن طريق عدم استعمال الاعتماد المفتوح لصالحه .

(٣) أنظر : René Rodière, Jean - Louis Rivès - Lang , Droit Ba ncaire op. cit no 244, P.318

(٤) أنظر : J. Azema, La durée des contrats successifs , thèse , lyon , 1969, P. 145 et S.;
Marty et Raynaud, Droit civil, T.2, 1962, P.58

(٥) أنظر : Bach, De L'ouverture du credit, thèse , paris 1982, P 260

نخالف هذا الرأي من وجهين : فمن ناحية فليس وجود الالتزام هو الذي يتوقف على إرادة المصرف في هذه الحالة حتى يقال إننا بصدد شرط إرادي محض ، ومن ناحية ثانية فإن إنهاء العقود بالارادة المنفردة يشكل واحداً من المبادىء المسلم بها في العقود غير محددة المدة (١) .

وعليه فالأصل أن إنهاء الاعتماد غير محدد المدة من جانب المصرف لا يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية أو إخلالا يؤدي لقيام المسؤولية العقدية (٢) ، بل إن المصرف يستطيع تعليق استمرار الاعتماد على قيام المعتمد له بتوفير ضمانات (٣) .

ولكن هل حق المصرف في إلغاء الاعتماد أو تعليقه حق مطلق أم أنه مقيد بضرورة عمل إخطار أو إشعار مسبق ؟ .

الواقع أن موقف المصرف من هذه المسألة يعتبر أمرا بالغ الحساسية ، فإذا لاحظ مثلا أن عميله فاتح الاعتماد يواجه صعوبات مالية فإنه مضطر للاختيار بين أمرين أحلاهما مر : فإذا قرر إنهاء الاعتماد أو تعليقه بدون إخطار يوجهه للعميل ، فقد يؤدي ذلك لوضع نهاية لنشاط العميل ، الأمر الذي يجعل المصرف فـــي

---

(١) أنظر : Jack vézian , la responsabilité du banquier en droit privè français, op. cit, no 279 , P. 200

وانظر : Van Ryn , Principles de droit commercial , Bruxelles 1960, t.3, P. 356

(٢) أنظر : Jack Vézian, la responsabilité du banquier en droit privè français , op.cit no 278, p. 199

وانظر : Trib. com. Seine , 3 juil 1967, Banque 1967,obs. x. Mani

(٣) أنظر : Cass. Com . 18 mai 1978, Dame Mottet C. crédit lyonnais: Gaz. Pal. 25-29 août 1978.

مواجهة خطر قيام مسؤوليته بسبب سحب الاعتماد بدون إخطار مسبق It risks liability for unwarranted withdrawal وإذا قرر الاستمرار في تمويل العميل في حدود مبلغ الاعتماد فإنه يخاطر بقيام مسؤوليته في مواجهة دائني العميل بسبب استمراره في الاعتماد بدون إخطار (١) It risks liability for unwarranted credit

ونظرا لخطورة قرار المصرف بهذا الصدد ، ومايترتب عليه من آثار ، فقد شغلت مسألة ضرورة توجيه إخطار للعميل قبل قيام المصرف بإنهاء الاعتماد ، أو عدم ضرورة توجيه مثل هذا الإخطار حيزا كبيرا في كل من الفقه والقضاء والتشريع ، الأمر الذي يستوجب تناول موقف كل منها في مطلب مستقل ، ومن ثم الانتقال لتناول موضوع مدة الإخطار في مطلب رابع .

---

(١) انظر : Ross Cranston, Banks: Liabillity and Risk, Lioyd's of london Press 1990, P. 195

المطلب الأول

الفقه والإخطار المسبق

يكاد الإجماع ينعقد على أن من المتعين على المصرف أن يراعي أعلى درجات اليقظة عند اتخاذ قراره بإنهاء الاعتماد بحيث لايتم ذلك بطريقة تعسفية arbitrarily وإلا قامت مسؤوليته في مواجهة العميل الذي إستند في تنفيذ مشروعاته على تنفيذ اتفاقه مع المصرف بحسن نية ، بل وفي مواجهة الغير الذين اعتمدوا في تعاملهم على الاستمرار العادي للاعتماد (١): rel ied on the normal duration of the credit.

ولذا ذهب البعض (٢) إلى ضرورة إلزام المصرف بعمل إخطار للعميل يبلغه بموجبه عن عزمه بوضع نهاية للاعتماد بعد مضي مدة معينة . وتكمن علة ذلك في التخفيف من الصعوبات التي ستنجم عن الإنهاء الفجائي للاعتماد . ومن وجهة نظر (٣) J. Azema " فإن الحاجة للإخطار المسبق تعتبر مبدأ هاما يطبق في كافة العقود المستمرة غير محددة المدة : La necessisté d'un prèavis est un principe général applicable à tous les contrats successifs".

---

(١) أنظر : Brussels 3 april 1984 , R.P.S. 1984, Nr 6292, P. 0 184.

(٢) من القائلين بذلك : Ripert et Robolt Traité élémentaire de droit commercial, T.1,Paris 1972, no . 287; Hamel(J.) , Lagarde (G.) Jauffret (A.) Traité de droit commercial, T.II , Dalloz 1966, no 1786.

وأنظر أيضا : عبد الحي حجازي ،النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مطبوعات جامعة الكويت١٩٨٢ رقم ٣٦٦ صفحة ٥٠٠ حيث ذكر أن العقد غير محدد المدة ينتهي بإرادة كل من المتعاقدين بشرط إخطار المتعاقد الآخر بمدة معينة قبل الإنهاء وبشرط ألا يكون الإنهاء في وقت غير مناسب .

(٣) أنظر : J.Azema, la durée des contrats successifs, op. cit, no 228.

ويستند البعض في استلزام ذلك إلى قياس عقد فتح الاعتماد بالعقود الأخرى مثل عقدي الإيجار والعمل (١) ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن من المتعين على المصرف حين يلاحظ ضعف المركز المالي للعميل أن لا يكتفي فقط بوزن مصالحه الذاتية ، وإنما ينبغي عليه كذلك أخذ مصالح الآخرين كدائني المفلس بعين الاعتبار (٢) .

ومع ذلك ، يرى آخرون أن إنهاء الاعتماد أو قطعه بدون إخطار مسبق لايشكل خطأ من جانب المصرف وذلك تأسيسا على أنه لا العرف المصرفي ولا القانون يستلزمان مثل هذا الإخطار (٣) . كما أن عدم توجيه الإخطار من جانب المصرف لايشكل إخلالا بالتزام عقدي (٤) . وغني عن القول إن فرقا كبيرا يترتب على اعتبار التقيد بعمل إشعار ذا طبيعة عقدية أو على عدم اعتباره كذلك ، ففي الحالة الأخيرة يتم تقويم سلوك المصرف بالنسبة لإنهاء الاعتماد من زاوية محددة لا مطلقة تتجسد في مجرد النظر للظروف المالية والشخصية للعميل ، ومدى اهتزاز الثقة التي علق عليها الاعتماد ، وذلك مع الآخذ بعين الاعتبار كثرة أو قلة المداولات والتوجيهات والملاحظات التي باشرها المصرف في مراجعة العميل قبل إنهاء الاعتماد . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن عبء إثبات السلوك التعسفي comportement abusif للمصرف يقع على عاتق العميل المطالب بالتعويض (٥) .

---

(١) أنظر : Christian Gavalda et jean soufflet, Droit de la banque, op.cit, no 440, p. 579.

(٢) أنظر : Ross Cranston , Banks, op. cit, p. 196.

(٣) هذا ماذكره M. Stoufflet في مقالة له في الأسبوع القانوني سنة ١٩٧٢ . أشار لذلك : Jack Vézian, la responsabilité du banquier, op.cit, no 282, P.201.

(٤) أنظر : عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة العامة، ١٤٠٦ هـ ، صفحة ١٩٨ .

(٥) أنظر : Christian Gavalda et Jean stoufflet, Droit de la banque, op.cit no 440, P. 580.

ويبرر أصحاب الاتجاه الأخير رأيهم بأن مبنى فتح الاعتماد توافر الثقة التي هي سبب التزام المصرف ، وعليه ، فإن تعرضها لما يعدمها أو يهزها أثناء مدة الاعتماد يخول المصرف حق الإنهاء دونما حاجة لإخطار أو مهلة، خاصة إذا كنا بصدد مشروع تردي في هاوية التوقف عن الدفع (١) . ويضيف هؤلاء أن المصرف غير ملزم بتبرير قراره المتعلق بإنهاء الاعتماد (٢) . ويردفون لتعزيز حجتهم القول بأن التزام المصرف بعمل إخطار مسبق سيحفز العميل لسحب أقصى مايستطيع سحبه من مبالغ أثناء مدة الإخطار بحيث يكون إنهاء الاعتماد بانتهاء تلك المدة غير ذي جدوى (٣) .

ولكن يرد على ذلك بأن مثل هذه الخطورة تشكل خصيصة من خصائص الاعتماد إذ لا اعتماد بلا مخاطر (٤)، سواء كانت مخاطر عامة كالحروب والاضطرابات الاجتماعية ، أم مهنية كالثورات التقنية والتغير الحاد في الأسعار ، أم خاصة بالعميل ذاته . ويرى M. Derrida بهذا الصدد أن هذا هو ثمن حرية المصرف بقطع الاعتماد في أية لحظة دون الت امه بتقديم أدنى مبرر (٥) . وقد أثبتت الأحداث أن الائتمـــان والمخاطر صنوان مهما كانت الضمانات المقدمة ، فالتاريخ حافل بالنكسات التي نكبت بها المصارف التجارية منذ أزمتها العالمية في الثلاثينات وحتى الآن . وواقع الأمر ، أن المصارف لا تملك أن تتحاشى المخاطرة بكافـــة

---

(١) أنظر : محمود مختار بريري المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ٥٥ صفحة ٩٥.

(٢) أنظر جافلدا وسترفيلية ، المرجع السابق ، رقم ٤٤٠ صفحة ٥٨٠.

(٣) أنظر : Ross Cranston, Banks: Liability and Risk, op,cit, P. 196.

(٤) أنظر : فريد الصلح وموريس نصر ، المصرف والأعمال المصرفية ، الأهلية للنشر والتوزيع . بيروت ١٩٨٩ رقم ١١٦ صفحة ١٠٣ .

(٥) أشار لذلك : Jack Vézian, La responsabilité du banquier, op,cit, no, 286, P. 204.

صورها ، ولكنها تحاول بذل قصارى جهدها لتخفيض المخاطر إلى أقل قدر ممكن (١) .

ومما لاشك فيه أن الترخيص المطلق للمصرف بإنهاء الاعتماد بدون إخطار مسبق يشكل غلوا في الوقوف إلى جانب المصرف وانحيازا متطرفا للمذاهب الفردية بل خروجا على وظيفة المصارف في توزيع الائتمان وخلقه ، صحيح أن المصرف يتمتع بحق الإنهاء بإرادته المنفردة ، إلا أن الإخطار المسبق يستمد أصوله من الالتزام العام بالحيطة Prudence المفروض على كل من طرفي العقد ، وخاصة إذا كان هذا الطرف محترفا كالمصرف (٢)، مما يلزمه ، حين يريد وضع نهاية لعلاقته بالعميل ، أن يوفر لذلك العميل الوقت الكافي لإيجاد بديل عن الاعتماد وإلا إعتبر المصرف متعسفا في إستعمال حقه . وقد ساير الفقه الانجليزي هذا التوجه، فقد ذكر Holden (٣): " إنه ينبغي على المصرف الذي يرغب في إيقاف التعامل مع عميل أن يعطي ذلك العميل إخطاراً زمنيا معقولا ، وينبغي أن تكون مدة الإخطار كافية - أخذاً في الاعتبار كافة الظروف المحيطة - لتميكن العميل من إجراء ترتيبات بديلة ".

---

(١) أنظر : حياة شحاتة ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر ، القاهرة ١٩٩٠ ، رقم ٤ صفحة ٦ .

(٢) أنظر : Jack Vézian, La responsabilité du banquire, op.cit, no 282, P.201.

(٣) "A banker who wishes to cease transacting business for a customer must usually give the customer reasonable notice; and the period of notice must be long enough to enable the customer , having regard to all the surrounding circomstances, to make alternative arrangements" .

أنظر : Holden, The law and Practice of Banking, part 1.,3 rd edition London 1980, P. 179.

المطلب الثاني

القضاء والإخطار المسبق

على الرغم من أن أحكام القضاء لا تعتبر التقيد بعمل إشعار أو إخطار مسبق بمثابة التزام عقدي obligation contratuelle لكنها تذهب إلى أنه إذا عمد المصرف ، وبدون سبب جدي sans raison seriuse لقطع الاعتماد أو إنهائه فجأة brusquement ، وأدى ذلك للإضرار بالعميل ، فإنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه وبالتالي ملتزما بالتعويض (١). حيث أن التعسف في إستعمال الحق abuse de droit قد يباشر في صورة خطأ عمدي أو غير عمدي ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١٣ يناير سنة ١٩٨٢ (٢) أن من المتعين على المصرف الذي يعمد لقطع الاعتماد أو إنهائه أن يملك ذرائع جدية moyens serieux لدعم قراره كالإغلاق الحتمي للمؤسسة العميلة أو إعسار المدين Fermeture inévitable L'insolvabilité du crédité أو الخلل في المشروع la désorganisation de l'intreprise مع ملاحظة أن قراره يبقى دائما خاضعا لرقابة القضاء ، ومن المعلوم أن القضاء لا يقر التعويض مالم يتبين أنه كان من المتعذر على العميل مواصلة نشاطه بسبب الخسائر التي لحقت به بدون إخطار مسبق (٣) ، علما

---

(١) Nime, 24 nov. 1971 , Banque 1972, P.297, note Marlin; Orleans 26 oct . 1971, J.C.P. 1972 , 2 , no 17082, note stoufflet; Aix 31 mars 1978 R.T.D.Co. 1978,148 ; Trib. com. de Marseille 13 oct. 1976 R . T. D. Co. 1977 , 138 .

(٢) أنظر : Rev. Trim. dr . com. 1982, 597, obs. cabrillac et Teyssie .

(٣) أنظر : Cass. Com. 8 mai 1979, Gaz Pal. 1979, 2, Somm. P. 390 ; cass. com. 19 nov. 1985, J.C.P. 1986 Ed. E. Nr. 15149 ; cass. com. 6 mars 1978, D. 1979, I.R. 362 .

بأن المصرف لا يلتزم بتبرير قراره في إنهاء الاعتماد أو قطعة في مواجهة العميل حيث أن ذلك يعتبر - وفقا للقواعد العامة - سلطة تقديرية له (١) .

وفي قضية حديثة ، خظر القضاء الأمريكي على المصرف سحب الاعتماد بدون توجيه إخطار معقول withdrawing credit without reasonable noticeلعميله (٢) .

هذا ، وكثيرا ما تعمد المصارف في تبريرها للإنهاء المبتسر Anticipatory Repudiation للاعتماد لإثارة حجة العجز المتوقع Prospective default للمشروع ، ففي قضية :
Glatt V. Bank of Kirkwood Plaz 383 N.W. 2d . 477(N. D. 1986)
(٣) تعهد المصرف بتقديم اعتماد للمدين بقيمة مليون وسبعماية ألف دولار لبناء مطعم وناد بموجب عقد اعتماد لمدة ستة أشهر يتضمن ثلاثة وعشرين شرطا . وبعد شهر من توقيع العقد عمد المصرف إلى إبلاغ المدعين - شفويا - أنه غير معني بتوفير الاعتماد بحجة أنهم لن يكونوا قادرين على تنفيذ شروط العقد ، وبعد ثلاثة أسابيع من الإبلاغ الشفوي قام المصرف بتأكيد قراره بعدم توفير الاعتماد تحريرياً ، فقضت المحكمة لصالح المدعين نظرا لعجز المصرف عن إقامة الدليل على عدم قدرة المدعين على تنفيذ ماسبق لهم التعهد به .

وواقع الأمر ، أن المحاكم تتشدد في إنهاء الاعتماد من جانب المصرف دون قيامه بإخطار العميل مسبقا وتتطلب لذلك قيام دوافع جدية (٤) motifs serieux كما أسلفنا . وقد أكدت ذلك الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها صدر في ١٤ فبراير سنة ١٩٨٩ حيث أشارت إلى " أن الإعفاء من الإخطار المسبق لا يكون إذن إلا في الأحوال الاستثنائية التي تلقي تبريرها في السلوك الملوم من قبل

---

(١) أنظر : Paris 28 oct. 1967, Banque 1968, P.61, obs. Martin .

(٢) أنظر : Segap garages ltd. V. Gulf oil (Great Britain) ltdT.the Times 24 oct. 1988 .

(٣) أنظر Ross Cranston, Banks: Liability and R isk, op. cit, P.211

(٤) أنظر: coss. com. 13 janv. 1982, Bull. civ . TV, no 13.

صاحب المشروع : La dispense de préavis ne peut donc sauf circonstances exceptionnelles qu'être justifée par la comportement répréhensible du chef d'entreprise (1)". وهذا هو المستقر في القضاء الانجليزي كذلك ففي قضية : Buckingham & co. v.London and Midland Bank (2) التي تعتبر من أقدم القضايا المتعلقة بإقفال حساب عميل من قبل مصرف ، تقرر أن العميل كان مخولا بإشعار معقول يقضي بعدم الرغبة في التعامل معه ، وحيث أن ذلك لم يتم ، فقد استحق مبلغ خمسماية جنيه استرليني كتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء تصرف المصرف .

وفي قضية (٣) Joachimson V. Swiss Bank corporation ذكر القاضي اللورد ATKIN "من المقرر تماما أن البنك ليس حرا في إقفال حساب ائتمان إلا بموجب إخطار معقول except upon reasonable notice."

هذا ، وقد تعرضت المحكمة الاتحادية العليا (دائرة النقض المدنية) بأبوظبي في الطعن رقم ١٠٤ السنة ٥ ق. ع نقض مدني لمسألة مدى حق المصرف في إنهاء اعتماد اتخذ صورة تسهيلات بإرادته المنفردة ، ودونما إخطار مسبق للعميل ، وذلك استنادا إلى تضمين عقد فتح الاعتماد شرطا يخول المصرف ذلك ، فإشارت في حكمها الصادر في يوم الثلاثاء التاسع عشر من جمادي الأولى سنة ١٤٠٩ هـ الموافق ١٩٨٨/١٢/٢٧م (٤) إلى أن " تحلل البنك من التزامه بوضع مبالغ معينة تحت تصرف المستفيد في عقود فتح الاعتماد ليس كيفيا ، وإلا لأصبح التزام البنك التزاما إراديا محضا " وانتهت المحكمة إلى إلزام المصرف فاتح الاعتماد بتعويض العميل عن الأضرار التي لحقت به كنتيجة للوقف الفجائي للتسهيلات الممنوحة له .

---

(١) Rev. Trim. dr. com. 1989, 507

(٢) (1895) 12 T.L.R. 70.

(٣) (1921) 3 K.B. 110, P. 127

(٤) حكم غير منشور . وقد اتيحت لي فرصة تقديم الخبرة في الطعن المشار اليه بخصوص مدى التزام المصارف بالاستمرار في تقديم التسهيلات والقيود التي ترد على ذلك وماهيتها . وجاء حكم المحكمة مطابقا لوجهة النظر التي تضمنها تقرير الخبرة . انظر الصفحات ١١ - ١٨ من ذلك التقرير الذي قدم للمحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي بتاريخ ١٩٨٨/٥/٣ .

المطلب الثالث

التشريع والإخطار المسبق

لقد درجت التشريعات قديما في ظل سيطرة المذهب الفردي وتقديس مبدأ سلطان الإرادة على إعطاء المصرف الحق في التحلل من التزامه الناشىء عن عقد فتح الاعتماد في حال صيرورة الأخير غير مليء أو ثبوت عدم ملاءته وقت التعاقد على غير علم من فاتح الاعتماد ودونما حاجة لإخطار مسبق أو تحديد فترة زمنية معينة توضع نهاية للاعتماد بانقضائها . فهذا ماتقضي به التشريعات في سوريا ولبنان والأردن وقطر (١)، وماكانت تقضي به المادة ٦٣٤ من قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ حيث ورد نصها على النحو التالي : " يجوز لفاتح الاعتماد أن ينقض العقد إذا أصبح المعتمد له غير مليء أو كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من فاتح الاعتماد " .

ومع ذلك ، تجدر الإشارة الى ملاحظتين بهذا الخصوص :

الأولى : أنه لايوجد نص تشريعي يسمح للمصرف بإلغاء الاعتماد دون قيد أو شرط .

الثانية : أن المصرف يلتزم - حتى في ظل النصوص المشار اليها - بعبء اثبات عدم ملاءة المعتمد له أو اثبات وقوع المصرف في غلط يتعلق بملاءة العميل عند إبرام العقد .

ولكن التوجه التشريعي الحديث ، وبتأثير من الفقه والقضاء ، قد هجر الموقف السابق ، فبدأت التشريعات المختلفة تنحو منحى جديداً بهذا الصدد ، فهي إذ تجيز للمصرف إنهاء الاعتماد غير محدد المدة في كل وقت ،

---

(١) انظر المواد ١/٤٠٦ من قانون التجارة السوري رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٩ و ٣١١ من قانون التجارة اللبناني رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢ و ١/١١٩ من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ و ٣٤٦ من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ بإصدار قانون المواد المدنية والتجارية القطري .

إلا أنها تشترط إخطار المستفيد قبل الميعاد المعين للإلغاء بفترة زمنية معينة ، وتعتبر كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء المصرف حق إلغاء الاعتماد غير معين المدة دون إخطار سابق ، أو بإخطار يعمل في ميعاد أقل مما هو منصوص عليه باطلا (١) .

وفي فرنسا ، أصبح الجدل المتعلق بمدى حق المصرف بإلغاء الاعتماد غير محدد المدة بدون إخطار مسبق ذا طبيعة تاريخية بعد صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ الذي كرس حماية العميل من لجوء المصرف للإنهاء المباغت للاعتماد فقضت المادة ٦٠ منه بأنه يلزم لإنهاء الاعتماد غير محدد المدة توجيه إخطار مكتوب للعميل ومن ثم وضع الإنهاء موضع التنفيذ بانقضاء المدة المتفق عليها . وقد أضافت المادة المذكورة بأن توجيه الإخطار غير ضروري – وسواء كان الاعتماد محدد المدة أم غير محدد المدة – إذا كان الإنهاء بسبب ظهور الانهيار النهائي للمشروع أو بسبب الخطأ الجسيم من جانب العميل (٢) .

وعلى الرغم من أن هذا الموقف التشريعي من جانب المشرع الفرنسي قد وضع حدا لجدل طال أمده ، إلا أنه مع ذلك كان محل نقد الفقهاء من وجهين (٣) .

---

(١) انظر الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٣٧٩ من قانون التجارة العراقي ، والفقرة الثانية من الفصل ٤٧٠ من قانون التجارة المغربي ، والبند الثاني من الفصل ٧٠٥ من المجلة التجارية التونسية الصادرة بالقانون رقم ١٢٩ لـ ٥ :٨ ١٩٥٩ ، والمادة ٢٢٤ من القانون التجاري الليبي الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ .

(٢) انظر : محمود مختار بريري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ٥٧ صفحة ٩٦ .

(٣) انظر : CABRILLAC ET TEYSSIE, REV. TR . DR. COM. NO 40 , 1984 BANQUES ET OPERATION DU banque , P. 312

وانظر ايضا : Christian Gavalda et jean soufflet, la loi bancaire du 24 janvier 1984, J. C.P . 1985, 3176.

١ - أنه لم يحدد مهلة معينة ينبغي انقضاؤها حتى يوضع الإنهاء موضع التنفيذ الأمر الذي قد يسمح بتهرب المصارف عن طريق تضمين عقود فتح الاعتمادات مهلا وجيزة جدا ذات طابع رمزي .

٢ - أنه أقرن وجوب توجيه الإخطار بعدم وجود خطأ جسيم من جانب العميل ، الأمر الذي يفتح بابا واسعا قد يفرغ التزام المصرف بوجوب عمل الإخطار من مضمونه .

هذا ، وقد توالى الأخذ بهذا الموقف التشريعي في الدول المختلفة ، ففي الكويت تم العدول عما قضت به المادة ٦٣٤ من قانون التجارة الكويتي رقم ٢ لسنة ١٩٦١ فجاء نص المادة ٣٦٥ من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون التجارة الكويتي على النحو التالي :

" ١ - إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة ، جاز للبنك إلغاؤه في كل وقت بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه للإلغاء بعشرة أيام على الأقل .

٢ - ويقع باطلا كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء البنك حق إلغاء الاعتماد غير المعين المدة دون إخطار سابق أو بإخطار يتم في ميعاد أقل من الميعاد المنصوص عليه في الفقرة السابقة " .

وعلى النحو السابق جاء نص المادة ٣٧٥ من قانون التجارة العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ . وكان قد سبق صدور قانون التجارة العماني صدور قانون التجارة البحريني بموجب المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ حيث جاء نص المادة ٣١٥ منه مطابقا تقريبا لنص المادة ٣٦٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ مع جعل الحد الأدنى للمدة المعينة لوضع الإلغاء موضع التنفيذ خمسة عشر يوما لا عشـــرة أيـــام

وسيرا مع التوجه السابق جاء نص المادة ٤٢٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي على النحو التالي :

" ١ - أذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة ، جاز للمصرف إلغاؤه في أي وقت بشرط إخطار العميل المستفيد قبل الميعاد المعين للالغاء بثلاثين يوما على الأقل ، ويقع باطلا كل اتفاق يعطي المصرف حق إلغاء الاعتماد غير المعين المدة دون إخطار سابق أو بإخطار يتم في ميعاد أقل " .

ونظرا للخطورة المتمثلة بتجنيب مبالغ معينة لوضعها تحت تصرف العملاء المسستفيدين من عقود فتح الاعتمادات ، وما يقتضيه ذلك من تجميد هذه المبالغ من قبل المصرف ، فقد نص البند الثاني من المادة ٤٢٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي على مايلي :

" ٢ - وفي جميع الأحوال ، يعتبر الاعتماد المفتوح لمدة غير معينة ملغي بانقضاء ستة أشهر من تاريخ تبليغ المستفيد بفتح الاعتماد إذا لم يستعمله مالم يتفق على غير ذلك " .

وهكذا ، فإن المصرف في هذه الحالة يستطيع التحلل من التزامه في مواجهة المستفيد إذا انقضت ستة أشهر على تبليغ هذا المستفيد بفتح اعتماد محدد المدة دون أن يعمد إلى استعماله بحيث يعتبر العقد منتهيا بحكم القانون وبدونما حاجة لإخطار أو مهلة ، علما بأن هذه القاعدة قاعدة مكملة لا أمرة بحيث يجوز الاتفاق على مايخالفها .

المطلب الرابـع

مـدة الإخطـــار

تغايرت المواقف التشريعية بالنسبة للمدة اللازمة انقضاؤها ، والواقعة بين إخطار العميل بالرغبة في إنهاء الاعتماد ، ووضع ذلك الإخطار موضع التنفيذ ، فبينما وجدنا المادة ٦٠ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ الفرنسي تترك تحديد ذلك لاتفاق طرفي عقد الاعتماد مما أثار انتقاد الفقه على النحو الذي سبقت الإشارة إليه ، نجد هذه المدة ثمانية أيام في كل من المغرب وتونس (١) ، وعشرة أيام في كل من الكويت والعراق وعمان(٢) وخمسة عشر يوما في كل من البحرين وليبيا (٣) وثلاثين يوما في دولة الامارات العربية المتحدة (٤) .

أما بالنسبة لموقف القضاء من هذه المسألة ، فقد رأينا القضاء الانجليزي يستلزم لإقفال الاعتماد ضرورة سبق توجيه إخطار معقول reasonable notice (٥). وفي موضع آخر ، نجد هذا القضاء يترك تحديد مدة معقولية الإخطار للظروف المحيطة بكل حالة . ففي قضية : Prosperty ltd. v. lioyd's Bank ltd (6) عمد المركز الرئيسي للمصرف في ١٤ فبراير سنة ١٩٢٣ إلى إبلاغ المدعين بأنه سيغلق حسابه معهم اعتبارا من ١٤ مارس من نفس السنة ، فأقام المدعون دعواهم تأسيسا على أن مدة الإخطار غير كافية ، فذكر القاضي .Mc. Cardie, J في الحكم الصادر بهذه القضية :" إذا لم يوجد عقد خاص ، عندها فإنني أرى أن القانون يلزم المصرف بعدم إغلاق حساب إعتماد بدون إخطار معقول : "If however , there was no special contract then in his (his lordship's) view, it was the law that the bank could not close an account

---

(١) أنظر الفقرة الثانية من الفصل ٤٧٠ من قانون التجارة المغربي والبند الثاني من الفصل ٧٠٥ من المجلة التجارية التونسية .

(٢) انظر المواد ٣٦٥ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ والفقرة الثانية من المادة ٣٧٩ من قانون التجارة العراقي والمادة ٣٧٥ من قانون التجارة العماني .

(٣) أنظر المادة ٣١٥ من المرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ بإصدار قانون التجارة البحريني والمادة ٢٣٤ من القانون التجاري الليبي .

(٤) انظر المادة ٤٢٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي .

(٥) أنظر : Joachimson v. Swiss Bank corporation (1921) 3.K.B. 110, P. 127

(٦) (1923) 39 T. L . R. 372.

in credit without reasonable notice " . (١)

واستطرد مشيراً إلى أن المعقولية تتحدد وفقا لظروف كل حالة ووقائعها ، فقد يكون الحساب متواضعا ومخصصا لسحب شيكات شخصية لأغراض العميل ، الأمر الذي لا يستلزم مدة إخطار طويلة ، وقد يستعمل العميل الحساب لتغطية شيكات - بمعرفة المصرف - ينتشر المستفيدون فيها في عدة أجزاء من القارة الأوربية مما يلقي على عاتق المصرف التزاما بجعل مدة الإخطار أطول . وتبعا للاحتمال الأخير ، ونظرا لأن بنك لويدز كان على علم بسعة انتشار الأعمال المخصص لها الحساب في كل أنحاء العالم ، فإن " مدة الشهر لا تعتبر إخطارا كافيا لانها لا تعطي المدعي فرصة كافية للتعامل مع الوضع الذي خلقه قرار البنك باغلاق الحساب one month was not an adequate notice becanse it did not give the plaintiff a sufficient opportunity of dealing with the position created by the decision of lioyd's Bank to end the account".

وموقف القضاء الانجليزي هذا قريب من موقف القضاء الفرنسي ، ففي حكم لمحكمة باريس (٢) تقرر أنه يتعين أن يمنح العميل وقتا يستطيع خلاله التصرف ليتمكن من احترام توقيعه : le temps de prendre toutes dispositions pour que soit honorée sa signature(٣)

والمقصود بذلك تمكين العميل من الوفاء بالتزاماته الناشئة عن توقيعه في مواجهة الغير .

وفي حكم آخر لمحكمة اكس تقرر أن معقولية مدة الإخطار متروكة لظروف كل حالة بحيث لا تعتبر المدة القصيرة جدا بمثابة إساءة لاستعمال حق المصرف في وضع نهاية للاعتماد (٤) .

---

(١) أنظر : Chorley & Smart leading cases in the law of banking 6 th edition by P.E. Smart sweet and Maxwell london 1990, P. 362.

(٢) Paris 30 mars 1977, R. T . D . co 1977.

(٣) أنظر : René Rodière , Jean-louis, Rivès- lang , Droit Bancaire op. cit, no 244, P. 319.

(٤) أنظر : Aix 31 mars 1978, R. T . D . co, 1978, 148 .

ونلمس مثل هذا التوجه حتى في القضاء البلجيكي الذي يستلزم مضي مدة إخطار معقولة قبل إلغاء الاعتماد (١) . بل إن هذا القضاء يلزم المصرف - قبل وضع الإنهاء موضع التنفيذ - أن يمنح العميل خطة مجاملة should grant an accomodating procedure لا تتضمن مجرد إخطار مسبق وإنما تتضمن كذلك موجهات guidelines لإصلاح وضع العميل بحيث لا يأتي الإنهاء إلا بعد تعذر تحقيق نتائج مقبولة . وفي رأي هذا القضاء قد تستغرق هذه الخطة مدة شهرين (٢) .

---

(١) comm . Brussels 12 may 1980 , T . 1980, 693 .

(٢) comm . Liege, 2 june 1983, R . D. C . B. 1984, 70 .

المبحث الثالث

الجزاء المترتب على إنهاء الإعتماد

تمهيد وتقسيم :

قد يحدث بعد إبرام عقد فتح الاعتماد أن يمتنع المصرف عن تنفيذ تعهده بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف العميل ، كما قد يحدث أن يتوقف المصرف عن مواصلة تنفيذ العقد بعد البدء في تنفيذه ، ودونما إخطار مسبق ، فما هو الجزاء المترتب على ذلك ؟

مما لا شك فيه أن هذا التصرف يؤدي حتما للمساس بسمعة العميل وللتشكيك بمركزه الائتماني ، مما يدفع الموردين والعملاء إلى التردد في التعامل معه ، ويتمخض بالتالي عن خسائر في الاستغلال قد تؤدي بدورها للتردي في الإفلاس (١) . وهذا بدوره سيتفتق عن قيام مسؤولية المصرف تجاه العميل وتجاه الغير ، ويفتح المجال للرجوع على المصرف .

وعلى ذلك، فسنتناول قيام مسؤولية المصرف في مطلب أول ثم نخصص مطلبا ثانيا لمسألة الرجوع عليه .

---

(١) أنظر : محمود مختار بريري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ١٢٤ صفحة ٢٠٩ .

المطلب الأول

قيام مسؤولية المصرف

من المعلوم أن مسؤولية المصرف لا تقوم مالم يؤد تصرفه إلى الإضرار بالعميل أو بالغير (١) ، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبارأن اضطراب أحوال العميل قد ينجم عن أسباب أخرى عدا عن خطأ المصرف كإهمال ذلك العميل أو إدارته السيئة للمشروع (٢) .

ودراسة مسؤولية المصرف تستلزم تناول صاحب الحق في رفع دعوى المسؤولية من جهة ، ثم إثبات الضرر من جهة أخرى وفقا للتفصيل التالي :

صاحب الحق في رفع دعوى المسؤولية :

إذا عمد المصرف بصورة مفاجئة لرفض الوفاء بما يسحبه العميل من أوراق تجارية ، أو رفض تنفيذ أوامره التي خوله الاعتماد إصدارها ، وبقي العميل متماسكا رغم خطأ المصرف ، فإنه يستجمع في شخصه شرطي المصلحة والصفة اللازمين لرفع دعوى المسؤولية على المصرف تأسيسا على الإخلال العقدي .

أما إذا أدى خطأ المصرف إلى توقف العميل عن الدفع ، أو إلى إشهار إفلاسه ، فإن المجال ينفتح لأشخاص آخرين في رفع دعوى المسؤولية على المصرف ، ومن أمثلة هؤلاء :

---

(١) أنظر : Ross Cranston, Banks , op. cit , P0 212 .

(٢) أنظر : Jack Vézian , la Responsabilité du banquier , op. cit, no 283 p. 202 .

أ - دائن المستفيد من الاعتماد :

فإذا أدى خطأ المصرف لإلحاق ضرر بدائن العميل ، سواء بسبب إنهائه الاعتماد قبل الأجل المتفق عليه ، أم بسبب منحه ائتمانا للعميل دون القيام بالدراسات والتحفظات اللازمة (١) ، أم بسبب استمراره في منح الائتمان لعميل لم يعد وفقا للمعايير الموضوعية أهلا للثقة (٢) ، فإن ذلك يخول هذا الدائن رفع دعوى المسؤولية ضد المصرف، إذ يكون بتصرفه ذاك قد خلق مظهرا للثقة أدى لتضليل الآخرين الذين لم يكونوا ليتعاملوا مع العميل لولا ذلك المظهر الزائف (٣) .

ب - كفيل العميل :

لقد استقر القضاء على التسليم بحق الكفيل بالرجوع على المصرف تأسيسا على الإنهاء الخاطىء للاعتماد انطلاقا من أنه مضرور ترتب ضرره كنتيجة مباشرة للإنهاء الخاطىء الذي لولاه لما تعرض الكفيل لمتابعته والرجوع عليه بصفته كفيلا (٤) . والغالب أن يأخذ هذا الرجوع شكل " الدفع بمسؤولية المصرف " تمهيدا لإجراء المقاصة بين التعويض الذي يستحقه هذا الكفيل بسبب ما لحقه من ضرر وبين قيمة الدين الذي يرجع به المصرف عليه في حالة عجز العميل عن الوفاء بديونه المكفولة (٥) .

ج - السنديك :

يعتبر السنديك ذا حق في رفع دعوى المسؤوليه في مواجهة المصرف حين يؤدي خطأ الأخير إلى إعلان حالة توقف العميل عن الدفع ويبدأ بالتالي اتخاذ الاجراءات الجماعية نتيجة شهر الإفلاس ، فذلك يؤدي لغل يد

---

(١) أنظر : عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق صفحة ٢٧٩ .

(٢) That according to objective standards was no longer creditworthy

(٣) أنظر : Ross Cranston, Banks , op . cit , P. 190 .

(٤) أنظر : محمود مختار بريري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ١١٨ صفحة ٢٠٠ .

(٥) أنظر : محمود مختار بريري ، المرجع أعلاه ، رقم ١١٧ صفحة ١٩٧ .

المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها . ومعلوم أن نطاق غل اليد يمتد ليشمل منع المفلس من التقاضي وإناطة ذلك بالسنديك باعتباره وكيل الدائنين بحيث لايبقى للمفلس سوى إمكانية التدخل في الدعاوي التي ترفع على التفليسة (١) . وإذا حدث وتم تجاهل السنديك بحيث لم يختصم في الدعاوي التي ترفع على التفليسة ، فإن الأحكام التي تصدر لا تعتبر نافذة في مواجهة جماعة الدائنين (٢) .

ولكن هل يعتبر السنديك ذا صفة في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على المصرف بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين ؟

لايملك السنديك هذه الصفة في القانون المصري ، بينما يملكها في القانون الفرنسي (٣) ، حيث أن المشرع المصري يحبذ بقاء المبادرة في يد الدائنين. فضلا عن أن القضاء المصري لم يسبغ الصفة على السنديك على النحو الذي اتخذه قضاء النقض الفرنسي في مجال دعوى المسؤولية التقصيرية التي ترفع على المصارف ، إلا أنه لايوجد مايمنع من تكتل الدائنين وتفويضهم للسنديك في مقاضاة المصرف إذا تعلق الأمر بضرر جماعي بدلا من تعدد الدعاوي الفردية (٤) .

---

(١) انظر : المواد ١/٦٩٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و ٥٨٢ /٣ تجارة كويتي و ٢/٢٩ إفلاس بحريني ، و ٦٠٤ تجارة عماني و ٤٤٣ تجاري فرنسي و ٣٢٧ /٣ تجارة أردني .

(٢) أنظر : نقض ١٩٥٩/٣/١٩ طعن ٣٠ س ٢٥ ق . أشار لذلك : أنور طلبة . مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض ، المرجع السابق ، رقم ٧٤ صفحة ١٣٥ . وأنظر في نفس السياق : طعن رقم ٨٩٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٣ ، أشار لذلك : عزت عبد القادر ، شرح أحكام المنازعات التجارية ، الطبعة الأولى ١٩٩٠ صفحة ٢٤٥ .

(٣) مر ذلك بتطور طويل في القانون الفرنسي ، حيث تبدل موقف قضاء النقض من النقيض إلى النقيض ، ففي البداية تقرر أنه إذا تعلق الأمر بمصلحة جماعة الدائنين وزيادة ضمانهم العام ، فإن الصفة في رفع الدعوى تثبت للسنديك ، ثم ظهر اتجاه يقضي بعدم تخويل السنديك صفة رفع الدعوى إذا ظهر المصرف المسؤول ضمن جماعة الدائنين حيث أن بروزه يجعل من ثمرة الدعوى غير ذات طابع جماعي ، ثم عاد القضاء وأقر للسنديك بالصفة في رفع دعوى المسؤولية على المصرف حتى لو كان عضوا في جماعة الدائنين . انظر تفصيلا لذلك : محمود مختار بريري ، المرجع السابق ، الأرقام ٧٢ - ٧٥ ، الصفحات ١١٧ - ١٢٢ .

(٤) أنظر : محمود مختار بريري ، المرجع السابق رقم ٨٥ صفحة ١٤٦ .

إثبات الضـرر :

يسهل على العميل إثبات الضرر إذا أدى الإنهاء المباغت للاعتماد إلى توقف المشروع عن الدفع وإنهاء أعماله رغم ازدهارها ، كما لو عمد المصرف لقطع الاعتماد فجأة وبمجرد بروز أول أزمة سيولة عابرة يواجهها العميل مما يعد خروجا على الأعراف المصرفية التي تجري على مؤازرة المصرف لعملائه لتخطي مثل هذه المصاعب العابرة (١) . ويتضح الضرر بجلاء حين يرفض المصرف الوفاء بقيمة مايسحبه العميل من أوراق تجارية أثناء مدة الاعتماد ، حيث أن ذلك يؤدي للمساس بالثقة في العميل من جهة ، كما يؤدي ابقاء الديون التي عوّل العميل على سدادها اعتماداً على مايتمتع به من اعتمادات مصرفية من جهة أخرى .

أما بالنسبة للغير ، كدائن العميل أ كفيله ، فيلزمه للرجوع على المصرف إثبات خطأ المصرف والضرر الذي لحقه وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . ويكون الاثبات سهلا إذا إقترن الإنهاء بتوقف المشروع وبدء اتخاذ الإجراءات الجماعية (٢) ، إذ يستطيع الدائن بيان مالحقه من ضرر نتيجة الإنهاء الخاطىء للاعتماد عن طريق المقارنة بمركزه في حالة استمرار الدعم المصرفي ، ومركزه في حالة إعلان التوقف عن الدفع وبدء تصفية المشروع كنتيجة مباشرة لذلك الإنهاء ، كما يستطيع مساءلة المصرف عن مظهر الملاءة الزائف حتى لو لم يكن عالما بوجود الاعتماد (٣) .

هذا ، وتعتبر علاقة السببية قائمة بين الخطأ والضرر إذا توافر أحد الشرطين التاليين (٤) :

---

(١) أنظر : محمود مختار بريري ، المرجع السابق صفحة ٢٠٩ .

(٢) أنظر : Orléans 26 oct. 1971, J. C.P. 1972- 11- 17082 .

(٣) أنظر محمود مختار بريري ، المرجع السابق رقم ٦٨ صفحة ١١٢ .

(٤) أنظر : Ross Cranston, Banks, op. cit, P. 71.

أ - إذا نجمت الخسارة - طبقا للمجرى العادي للأمور according to the usual course of things - عن الإخلال بعقد الاعتماد ، أو :

ب - إذا انصرفت إرادة طرفي العقد ، عند إبرامه ، إلى أن هذه الخسارة هي النتيجة المحتملة للإخلال بالعقد.

ولكن تجدر الإشارة الى أن كفيل العميل لايستطيع أن يؤسس دعواه في مواجهة المصرف استنادا إلى تخطئه الأخير بسبب عدم مبادرته لاستعمال حقه في الإنهاء الذي يخوله إياه عقد فتح الاعتماد، حيث أن هذه مسألة تتعلق بسلطة تقديرية يستقل المصرف بوصفه دائنا بتقدير إستعمالها (١) .

ويستطيع المصرف من جانبه إثبات انتفاء الضرر ، كما لو أقام الدليل على أن العميل قد تمكن من الحصول على مصدر تمويل بديل عقب الإنهاء مكّنه من مواصلة نشاطه والاحتفاظ بعملائه ، أو أقام الدليل على أن دائن العميل المطالب بالتعويض يتمتع بتأمينات تكفل له اقتضاء حقه كاملا مما ينفي الضرر (٢) . ويستطيع المصرف كذلك نفي علاقة السببية بين تصرفه والضرر ، كما لو أثبت أن المشروع الاستشاري يعاني من سوء جهازه الإداري أو رداءة الإنتاج ، وأن هذه العوامل هي الأسباب المؤدية للضرر الذي لحق العميل (٣) . ولكن ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار أن ذلك لا يؤدي حتما لإعفاء المصرف من المسؤولية ، إذ قد يتجاور خطأ المصرف مع خطأ الدائن (٤) أو خطأ العميل ، الأمر الذي يؤدي فقط للتخفيف من مدى مسؤولية المصرف بحيث تقف هذه المسؤولية عند حدود الضرر الذي يمكن إسناده لخطئه في إنهاء الاعتماد (٥) .

---

(١) أنظر : Aix en provence 29 avr. 1979 D.I.R. P.87.

(٢) أنظر : استئناف باريس ٢١ مايو ١٩٨١ بنك ١٩٨٢ صفحة ٣٨٩ .

(٣) أنظر : نقض تجاري ٦ مارس ١٩٧٦ - واللوز ١٩٧٩ صفحة ٣٦٢ .

(٤) كما لو كان المشروع مضطرب الأحوال ، وكان بمكنة الدائن اكتشاف ذلك ببذل القدر العادي من التحري .

(٥) أنظر : محمود مختار بريري ، المرجع السابق رقم ٦٨ الصفحات ١١١ - ١١٣

المطلب الثاني

الرجوع على المصـــرف

يرى البعض أنه إذا لم يكن المصرف محقا في تصرفه ، سواء بسبب عدم تنفيذه ماسبق له التعهد به ، أو بسبب إخلاله بواجب الحيطة وحسن التقدير ، أو لعسفه في استعمال مكنة الإنهاء ، فإن من الممكن إجباره على التنفيذ العيني ، كما يجوز للعميل المطالبة بفسخ العقد مع الاحتفاظ بحقه في التعويض (١) . وذلك مع ملاحظة ، أن عقد فتح الاعتماد من العقود المستمرة التنفيذ ، فبذا لا ينصرف أثر فسخه الى الماضي وإنما يكون بالنسبة للمستقبل فقط (٢) . وعليه ، فإذا طالب المصرف بفسخ العقد ، فلا يعتبر ذلك تنازلا منه عن الآثار التي ترتبت له في الماضي ولا عن التأمينات التي تقررت لصالحه ضمانا للعقد (٣) .

بينما يرى آخرون (٤) انه طالما تمثل التزام المصرف في مواجهة العميل بأداء عمل ، فمن المتعين التمييز بين حالتين :

أ - إذا تجسد الاعتماد في صورة التزام بتقديم مبلغ معين من النقود ، فإن من الممكن للعميل المطالبة بتنفيذ

---

(١) أنظر : ادوار عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المرجع السابق رقم ٢٠٩ صفحة ٥٧٠ ، وأنظر : حسني المصري ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٨٧ رقم ٥٤ صفحة ٥٩ .

(٢) أنظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ١٩٥٢ رقم ٦٦ صفحة ١٦٧، وأنظر : أكرم ياملكي وفائق الشماع ، القانون التجاري ، المرجع السابق صفحة ٣٦٩ .

(٣) أنظر : غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الاسلامية القاهرة ١٩٧٨ صفحة ٩١ .

(٤) أنظر : علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٣٤٥، الصفحات ٣٤٥-٣٤٦ ، وأنظر رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ١٢٣ صفحة ٢٤٦ حيث يرى أن للمضرور حق المطالبة بالتعويض فقط .

٢ - يختلف مقدار التعويض حسب الظروف المحيطة بالإنهاء، كما لو أتى بصورة مفاجئة أو عشية يوم استحقاق دين مثلا(١) . والواقع أن التعويض عن الإنهاء المفاجئ Anticipatory repudiation قد يكون عاليا جداً ،ففي قضية : Federal Deposit Insurance corp V . Scharenderg 49 Banking Rpter . 349(US Dist.ct.DFla 1987) التي أدعى فيها المصرف أن العميل لن يكون قادرا على مواجهة ظروف معينة ، وبناء على ذلك أنهى الاعتماد ، حصل العميل على تعويض مقداره ١٠٥ مليون دولار نتيجة الإخلال بعقد فتح الاعتماد .

وفي قضية Renthouse International limited v. Dominion Federal Savings & Loan Association 665 Supp. 301 (S.D.N.Y. 1987) تقرر حصول العميل على تعويض يتجاوز ١٢٩ مليون دولار ، إذ كان قد سبق لـ Dominion التعهد بوضع مبلغ ٦٠ مليون دولار تحت تصرف العميل ، وبعدها بدأ يماطل ويختلق شروطا بعيدة عن عقد فتح الاعتماد ، حيث طالب في البداية بوجوب إعادة كتابة كافة المستندات عن طريق مستشارية القانونيين وعلى نفقة العميل ، ثم طالب العميل بوجوب استبدال مستشاريه القانونيين وبدأ يختلق مطالب لانهاية لها unending requests ، كما أصر Dominion أن يكون هو الأول في لائحة المقرضين(٢) ، وبناء على ماسبق ، وتأسيسا على هذه المطالب غير المبررة قررت المحكمة أن Dominion مذنب بالإنهاء المفاجئ لتعهده (٣) .

---

(١) أنظر : رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، المرجع السابق رقم ١٢٣ صفحة ٢٦٤ .

(٢) Dominion also insisted that it be made lead lender

(٣) أنظر : Ross Cranston, Banks , op. cit , p. 213.

٣ - حيث أن التزام المصرف التزام بأداء عمل ، وليس التزاما بدفع مبلغ معين من النقود - حتى لو تجسد الاعتماد في صورة تقديم مبلغ نقدي - فإن التعويض الذي يحكم به لا يقتصر على الفوائد التأخيرية بل يشمل كل الضرر طبقا لقواعد المسؤولية العقدية (١) .

هذا ، ويمكن المطالبة بالتعويض دون حاجة إلى إنذار سابق للمصرف حيث أنه يعتبر معذرا بمجرد طلب المستفيد إليه تنفيذ الاعتماد ، لأن طمأنينة المستفيد إلى حصوله على وسائل الاعتماد فور طلبه غاية جوهرية في العقد ، فيكون التنفيذ المتأخر غير منتج بحسب مفهوم العقد ، وكذلك من باب أولى إذا كان التنفيذ غير منتج بالفعل لفوات الغرض المقصود ، كما لو كان الاعتماد مفتوحا لتمويل عملية محدد لها فترة معينة وانقضت (٢) .

٤ - يقدر التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية عن طريق وضع المضرور بالحالة التي كان سيكون عليها فيما لو لم يقع الخطأ (٣) . أما في نطاق المسؤولية العقدية ، فتقديره أكثر تعقيدا ، ولكن من المتفق عليه أنه يغطي الخسارة اللاحقة (والتي قد تتمثل في خسائر الاستغلال الناتجة عن توقف المشروع نتيجة الإنهاء المفاجيء للاعتماد) كما يغطي الكسب الفائت وذلك حين يثبت أن المشروع كان يترقب إبرام صفقات معتمدا على مايتمع به من إئتمان مصرفي (٤)، فيعمل الإنهاء على تفويت فرصة الكسب الذي كان مؤملا تحقيقه (٥) . وغني عن القول إن تفويت الفرصة

---

(١) أنظر : علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق رقم ٤٣٤ صفحة ٣٤٥ .

(٢) أنظر : علي جمال الدين عوض ، المرجع أعلاه رقم ٤٣٥ صفحة ٣٤٦ . هذا وتقضي المادة ٣٨٨/أ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي بأن لاضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .

(٣) Placing the victim of the tort in the position he would have been had the tort not been committed.

(٤) أنظر : نقض إبريل ١٩٨٠ والمؤيد لاستئناف اكس في ٣١ مارس ١٩٧٨ .

(٥) أنظر : محمود مختار بريري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، المرجع السابق رقم ١٣١ صفحة ٢١٩

يستحق التعويض (١) ، ولا يقبل الادعاء هنا بأن الضرر مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد ، حيث أنه إذا كانت الفرصة أملا محتملا ، فإن تفويتها يعد أمرا محققا (٢) . وقد جرى القضاء المصري على التعويض عن تفويت فرصة النجاح في الامتحان (٣) ، والتعويض عن تفويت الفرصة في كسب دعوى الشفعة ، والتعويض عن تفويت الموظف الفرصة في الترقية لدرجة أعلى. ولكن تجدر الإشارة إلى أن من المتفق عليه عند تقدير التعويض أن يأخذ القاضي بالأحوط وأن يتوقى المبالغة في تقدير الاحتمال بنجاح الفرصة .

ومع ذلك ، فيجب أن لايصبح العميل في وضع أفضل من حاله فيما لو لم يحدث إخلال بالعقد ، الأمر الذي يستلزم أحيانا أن يخير هذا العميل - في نطاق المسؤولية العقدية - بين الحصول على الكسب الفائت Lost profit أو على الانفاق الضائع (٤) wasted expenditure. فإذا حدث وأنهى المصرف الاعتماد وكان العميل قادرا على الحصول على اعتماد بديل بفائدة أقل ، فعندها لايمكنه المطالبة إلا بالانفاق الضائع ، أما إذا كانت الفائدة أعلى ، فإن بإمكانه المطالبة بالفرق بين الفوائد الحالية والفوائد السابقة وإذا لم يكن العميل قادرا على الحصول على اعتماد بديل فإنه يكون مخولا بالحصول على تعويض عن كافة الأضرار الناجمة عن إنهاء الاعتماد بما في ذلك الأضرار الناجمة عن الإخلال بتعاقده مع الغير وخسارته الاقتصادية economic loss التي لا مجال للتعويض عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية (٥) .

---

(١) أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام الطبعة الثانية بيروت ١٩٧٣ رقم ٥٧٦ ص ٩٧٩ .

(٢) نقض مدني مصري في ١٣ نوفمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ، السنة التاسعة رقم ٨٨ صفحة ٦٨٤ .

(٣) مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر ١٩٣ الجريدة القضائية ٥٣ صفحة ٤٩ .

(٤) أنظر : C . C. C. Films (London) ltd. V. Impact Quadrant Films ltd . (1985) Q.B.16(C.A..)

(٥) أنظر : Ross Cranston, Banks , op. cit, p. 72 .

٥ - تقف مسؤولية المصرف عند حد الضرر المباشر بحيث يتم التعويض عنه ، ولا تتجاوز ذلك إلى الضرر غير المباشر - لا بالنسبة للمسؤولية العقدية ولا بالنسبة للمسؤولية التقصيرية - . هذا ويكون الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية للخطأ أو الإخلال الذي أحدثه ، وهو يكون كذلك إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (١) .

ومع ذلك ، ففي نطاق المسؤولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر متوقعا previsible أو غير متوقع imprevisible. في حين لا يعوض - في نطاق المسؤولية العقدية - إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم (٢) .

٦ - ولكن هل يستطيع العميل قانع ،لاعتماد المطالبة بالتعويض عن الأذى العاطفي emotional distress الناجم عن إخلال المصرف بتعاقده معه ؟

كان القانون الفرنسي القديم يجيز التعويض عن هذا الضرر باعتباره نوعا من الضرر الأدبي إلا أنه كان يقصر ذلك على المسؤولية التقصيرية دون العقدية توهماً منه أن هذا هو حكم القانون الروماني ، في حين أن القانون الأخير لم يفرق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية بهذا الصدد . أما في الوقت الحاضر فإن نصوص التقنين الفرنسي في عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبي بقدر ماتسمح بالتعويض عن الضرر المادي ، وقد أقر القضاء الفرنسي هذا المبدأ منذ عهد طويل ، وانقسم الفقه الفرنسي بادىء الأمر بهذا الخصوص ، إلا

---

(١) أنظر : السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام طبعة بيروت . المرجع السابق رقم ٦١٠ صفحة ١٠٢٣ .

(٢) أنظر : السنهوري ، المرجع أعلاه رقم ٤٥١ صفحة ٧٦٨

أن جمهور الفقهاء الفرنسيين في العهد الأخير يقول بجواز التعويض عن الضرر الأدبي .

وفي مصر ، إستقر الفقه والقضاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وقد تأكد ذلك بموجب المادة ٢٢٢ من القانون المدني ، وعلى هذا النحو سارت التشريعات الحديثة (١) .

وفي انجلترا ، لايستطيع العميل فاتح الاعتماد المطالبة بالتعويض عن الأذى العاطفي الناجم عن إخلال المصرف بعقد فتح الاعتماد ، وذلك خلافا لما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية . فالمحاكم الانجليزية تميز بين العقود المتعلقة بالراحة أو المتعة Comfort or pleasure والعقود التي تستهدف الربح contracts for profit حيث تقر مثل هذا التعويض بالنسبة لطائفة العقود الأولى دون الثانية : Hayes v. James E charles Dodd (1990) (٢) وهذا مايجري عليه العمل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية أيضا حيث يسمح القانون الانجليزي بالتعويض عن الصدمة العصبية nervous shock دون الأذى العاطفي : emotional distress :
(Mc. Loughlin v. O'Brian (1983)(٣) .

---

(٣) أنظر المواد ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و ٤٧ التزامات سويسري و ١٣٤ موجبات وعقود لبناني

وأنظر : عبد الرازق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، طبعة بيروت ، المرجع السابق رقم ٥٧٨ صفحة ٩٨٢ ومابعدها .

(٢) 2 All E.R. 815 at p. 824 .

(٣) 1 A.C. 410 (H.L. " E.>)

٧ - وأخيرا ، ماهو الحكم بالنسبة للتعويضات الرادعة : Punitive damages?

التعويضات الرادعة عبارة عن مبالغ تقررها المحاكم كتعويضات إلا أنها لاتتناسب مع الخسارة المادية التي تلحق المضرور ، وتلجأ المحاكم لإقرارها لا لمجرد جبر الضرر وإنما بهدف معاقبة الجاني عن فعل إرتكبه بسوء نية وبقصد الإساءة لذلك الجاني . وتسمى هذه التعويضات أحيانا بالتعويضات المثالية Exemplary damages حيث أن المقصود منها أن تجعل من الجاني مثالا وعبرة يتعظ بها الغير (١) .

بالنسبة للشريعة اللاتينية هنالك مبدأ هام يقضي بأن التعويض مقياسه الضرر المباشر الذي يصيب المضرور ، فسواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، وسواء كان متوقعا أو غير متوقع ، وسواء كان حالا أو مستقبلا مادام محققا ، فإن التعويض يدور مع هذا الضرر وجوداً وعدما بل ومدى .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض . فإذا تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ ، ومن هنا كان مبنى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدني شيئ موضوعي لايراعى فيه إلا الضرر ، أما العقوبة الجنائية ، فشيء ذاتي تراعى فيه جسامة الخطأ . ولكن القضاء يدخل في اعتباره جسامة الخطأ عند تقدير التعويض ، وهذا شعور طبيعي يستولي على القاضي ، فما دام موكولا إليه تقدير مبلغ التعويض فإنه يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيرا (٢) .

---

(١) أنظر : نبيه غطاس ، معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ، مكتبة لبنان ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٨ صفحة ٤٤٤

(٢) أنظر : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، طبعة بيروت ، المرجع السابق رقم ٦٤٨ صفحة ١١٠١.

وفيما يتعلق بمسؤولية المصرف فاتح الاعتماد عن التعويضات الرادعة ، فإن القانون الأمريكي يختلف عن القانون الانجليزي ، ففي أمريكا يمكن أن يقرر المحلفون مبالغ ضخمة كتعويضات رادعة ، ففي قضية Krusel Jewel v Bank of America (١) استحق العميل تعويضا مقداره ٢٦ مليون دولار منها تسعة ملايين دولار اعتبرت بمثابة تعويضات رادعة

ويلجأ المحلفون في العادة لإقرار مثل هذه التعويضات عندما يتبين لهم أن تصرف المصرف فاتح الاعتماد يستحق اللّوم reprehensible وأنه يبعث على خلق شعور جدير بالازدراء لدى المحلفين . ومع ذلك، فمن المتعين أن يؤخذ بعين الاعتبار أن القضاء - حتى في أمريكا - يضن في إقرار مثل هذه التعويضات بمناسبة الإخلال بالاعتمادات المصرفية نظرا لأن حق العميل فاتح الاعتماد إنما ينصب في الغالب على تلقي تعويض عن خسارة حقيقية actual loss .ولكن إذا حدث وارتكب المصرف غشا أو خداعا خطيرا جدا a very serious fraud أدى للإضرار التجاري الجسيم بالعميل كما حدث في قضية:(٢) State National Bank of EL Paso v. Farah Manufacturing co. فإنه يمكن الحكم بتعويضات رادعة .

أما في انجلترا ، فلا مجال للحكم بتعويضات رادعة كجزاء على الإخلال بالمسؤولية العقدية ، وإنما مجال ذلك هو المسؤولية التقصيرية (٣) وخاصة قضايا القذف والتشهير Defamation cases هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فإن قضايا الاعتمادات المصرفية تنظر في انجلترا أمام قاض منفرد لا أمام محلفين

---

(١) 201 Cal. App. 3d 453 (1988) .

(٢) 678 S.W. 2 d 661 Tex . App. 1984 .

(٣) أنظر Addison v. Gramophone co ltd (1909) 19 A.C.488

الخلاصــــة

يثير لجوء المصرف لإنهاء الاعتماد إشكالات عدة تنعكس آثارها على العميل من جهة وعلى الغير المتعامل مع العميل من جهة أخرى ، ومن هنا استحوذت هذه المسألة على اهتمام بالغ من جانب الفقه والقضاء والتشريع في الدول المختلفة ، وانصب الاهتمام على مدى حق المصرف في الإنهاء من جانب وعلى الآثار المترتبة على تصرف المصرف من جانب آخر .

وفيما يتعلق بحق المصرف في إنهاء الاعتمادات المصرفية يمكن تلخيص ماستقر عليه العمل بالتالي:

١ - **إذا كان الاعتماد محدد المدة او مرتبطا بعملية لها اجل** ، فمن المتعين على المصرف احترام تعهده وعدم إنهاء الاعتماد إلا بحلول الأجل أو بانتهاء مدة العملية .

ومع ذلك ، فيبقى للمصرف حق الإنهاء تطبيقا للقواعد العامة التي تحكم العقود الملزمة لجانبين ، كما لو لم يعمد العميل لتقديم الضمانات التي سبق له التعهد بتقديمها ، أو إرتكب ذلك العميل خطأ في إستخدام الاعتماد المفتوح لصالحه وخرج به عما خصص له طبقا للعقد .

وعلاوة على ماسبق فإن المصرف يملك إنهاء هذا الاعتماد في عدة أحوال منها:

أ - إذا تحقق أي من الأحوال المنصوص عليها في العقد والتي تخول المصرف حق الإنهاء كتوقف نشاط العميل وقبوله لكمبيالة مجاملة والاخلال بشرط الإخلاص .

وعلى الرغم من أن ذلك لا يعدو كونه تطبيقا لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " إلا أن وظيفة المصارف في توزيع الائتمان ، وارتباط نشاطها بالمصلحة العامة ، وتجاوز آثار قراراتها إلى الغير بل إلى الاقتصاد القومي ، مما جمل البعض على إسباغ وصف " المرافق العامة " عليها ، كل ذلك يجعل من الرابطة العقدية بين المصرف والعميل غير خاضعة خضوعا حرفيا لمفهوم " العقد شريعة المتعاقدين " الأمر الذي يحتم إخضاع الشروط التي يتضمنها عقد فتح الاعتماد لرقابة القضاء ، ويستتبع عدم التسليم بإطلاق هذه الشروط حتى لو كانت صياغتها تحمل معنى الإطلاق .

وتجدر الإشارة هنا ، إلى أن من المسلم به في الوقت الحاضر - فقها وقضاء وتشريعا - عدم جواز تضمين العقد شرطا يخول المصرف إنهاء الاعتماد بإرادته المنفردة ، فإذا حدث ذلك ، اعتبر هذا الشرط شرطا إراديا محضا ، وبالتالي باطلا ، لأنه يجعل قيام الالتزام رهنا بإرادة أو مشيئة المدين وهو المصرف .

ب - إذا اختل توازن الاعتبارات أو العناصر الشخصية للعميل ولم يكن الاعتماد مشترطا لحساب الغير ، فعقد فتح الاعتماد من العقود التي يراعى فيه الاعتبار الشخصي ، إذ أن كلمة credit الفرنسية مشتقة من كلمة credre اللاتينية التي تعني " الثقة والاطمئنان " فإذا حدث ما يخل بالجدارة لنيل الاعتماد la dignite de credit فإن المصرف يخول بإنهائه ، ويتحقق ذلك عادة عند فقدان أهلية العميل أو وفاته إذا كان شخصا طبيعيا وعند حل الشركة أو تصفيتها أو تحولها إلى شكل آخر إذا كان العميل شخصا معنويا .

وواقع الأمر ، أنه ينبغي التمييز دائما بين الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، فإذا تعلقت هذه الأسباب بظروف خارجة عن شخص العميل كالأزمات الاقتصادية ، فالأصل أنها لا تخول المصرف تعليق الاعتماد أو إنهاءه مالم تكتسب وصف " القوة القاهرة " أو تفتح الباب لتطبيق نظرية " الظروف الطارئة " . أما إن تعلقت تلك الأسباب بالنشاط الشخصي للعميل كسحب كمبيالات المجاملة ، فإن تصرف المصرف بإنهاء

الاعتماد أو تعليقه يكون مبررا . ومع ذلك ، يبقى المصرف متحملا على الدوام بعبء إقامة الدليل على قيام الأسباب التي تؤدي للإخلال بالجدارة لنيل الاعتماد ، وتبقى للقضاء سلطة تقدير جدية تلك الأسباب .

٢ - إذا كان الاعتماد غير محدد المدة فالأصل أن أيا من أطرافه يمكنه إنهاؤه بإرادته المنفردة وذلك تطبيقا للقاعدة التي تحكم العقود المستمرة ، حيث أن القول بغير ذلك يتنافى مع خصوصية هذه العقود ويجعل الالتزامات فيها ذات طبيعة دائمة . وعليه ، فالأصل أن المصرف يستطيع إنهاء الاعتماد غير محدد المدة دون أن يخشى قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة العميل أو قيام مسؤوليته التقصيرية في مواجهة الغير . **ولكن هل يعتبر حق المصرف في إنهاء هذا الاعتماد او تعليقه حقا مطلقا أم انه حق مقيد بضرورة عمل إخطار او إشعار مسبق ؟**

لقد احتلت هذه المسألة جانبا كبيرا من اهتمام الفقه والقضاء والتشريع وفقا للتفصيل التالي:

فبالنسبة للفقه يلاحظ أنه مجمع على ضرورة أن يراعي المصرف أعلى درجات اليقظة عند اتخاذ قراره بإنهاء الاعتماد ، إلا أن بعض الفقهاء يجيز للمصرف إنهاء الاعتماد بدون إخطار مسبق، ولا يرى في تصرفه هذا اخلالا بالتزام عقدي ، وذلك تأسيسا على أن مبنى فتح الاعتماد هو توافر الثقة في العميل التي هي سبب التزام المصرف ، فتعرض هذه الثقة لما يهزها أثناء مدة الاعتماد يخول المصرف إنهاءه بدون إخطار ، ويردف أصحاب هذا الرأي بأن التزام المصرف بعمل إخطار ذي مدة سيدفع العميل لسحب أقصى مايستطيع سحبه من مبالغ أثناء مدة الإخطار بحيث يكون إنهاء الاعتماد بانتهاء تلك المدة غير ذي جدوى . بينما ترى غالبية الفقهاء ضرورة قيام المصرف بعمل إخطار مسبق باعتبار ذلك واحدا من المبادىء الهامة التي تطبق على العقود المستمرة غير محددة المدة ، ووصولا للتخفيف من الصعوبات التي ستنجم عن الإنهاء الفجائي للاعتماد ، وأخذا بالاعتبار وظيفة المصرف في توزيع الائتمان وخلقه ، وضرورة عدم اكتفاء المصرف بوزن مصالحه الذاتية فقط وترد هذه الغالبية على تخوف الفريق الأول المتعلق باحتمال قيام العميل بسحب مايستطيع سحبه أثناء مدة

الإخطار بحيث يكون إنهاء الاعتماد بانتهاء تلك المدة غير ذي جدوى ، بأن مثل هذه الخطورة تشكل خصيصة من خصائص الاعتماد ، إذ أنه والمخاطر صنوان ، فلا اعتماد بلا مخاطر سواء كانت عامة كالحروب أم خاصة بالعميل ذاته . وقد انتهى أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن الإخطار المسبق يستمد أصوله من الالتزام العام بالحيطة Prudence المفروض على كل من طرفي العقد وخاصة إذا كان هذا الطرف محترفا كالمصرف .

اما بالنسبة للقضاء، فعلى الرغم من أن بعض أحكام القضاء الفرنسي لا تعتبر التقيد بعمل إشعار أو إخطار مسبق بمثابة التزام عقدي ، إلا أنها ترى ضرورة استناد المصرف لأسباب جدية حين يعمد لإنهاء الاعتماد فجأة brusquement ، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه ، وبالتالي قام التزامه بالتعويض في مواجهة العميل أو الغير المضرورين . وتذهب أحكام أخرى في هذا القضاء إلى أن الإعفاء من الإخطار المسبق لا يكون إلا في الأحوال الاستثنائية التي تلقى تبريرها في السلوك الملوم للعميل فاتح الاعتماد . وتنحو أحكام القضاء في انجلترا وأمريكا نفس المنحى إذ تحظر على المصرف سحب الاعتماد بدون توجيه إخطار معقول without Reasonable notice وهو نفس الموقف الذي اتخذته المحكمة الاتحادية العليا في أبوظبي حيث ألزمت المصرف فاتح الاعتماد بتعويض العميل عن الأضرار التي لحقت به كنتيجة للوقف الفجائي للتسهيلات الممنوحة له .

اما بالنسبة للتشريعات، فالملاحظ أنها قد هجرت الموقف القديم الذي ساد في ظل سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، والذي كان يعطي الحق للمصرف في التحلل من التزامه دونما حاجة لإخطار مسبق أو تحديد فترة زمنية معينة توضع نهاية للاعتماد بانقضائها ، وأصبحت تستلزم توجيه مثل هذا الإخطار ، وتعتبر كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء المصرف حق إلغاء الاعتماد غير معين المدة دون إخطار مسبق أو بإخطار يعمل في ميعاد أقل مما هو منصوص عليه باطلا. فعلى هذا النحو سارت التشريعات في كل من العراق والمغرب وتونس وليبيا والكويت وعمان والبحرين ومشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي وفرنسا ، وذلك مع التحفظ على موقف المشرع الفرنسي الذي لم يستلزم تحديد مدة معينة ينبغي انقضاؤها حتى يوضع الإنهاء موضع التنفيذ

مما قد يسمح بتلاعب المصارف عن طريق تضمين عقود فتح الاعتمادات مهلا وجيزة جدا تجعل من المدة أمرا صوريا . ومن جانب آخر ، فإن المشرع الفرنسي قد قصر وجوب توجيه الإخطار على حالة عدم وجود خطأ جسيم من جانب العميل ، مما يفتح بابا واسعا للتهرب قد يؤدي لإفراغ التزام المصرف بوجوب عمل الإخطار من مضمونه .

وفيما يتعلق بالآثار المترتبة على إنهاء الاعتمادات المصرفية ، فإن امتناع المصرف عن تنفيذ تعهده أو توقفه عن الاستمرار فيه يؤدي حتما للمساس بالعميل والإضرار به وبالغير مما يتفتق عن قيام مسؤولية المصرف ويفتح المجال للرجوع عليه .

والواقع ان مسؤولية المصرف قد تقوم في مواجهة العميل ذاته أو في مواجهة دائنه أو في مواجهة كفيله أو في مواجهة السنديك بحيث يمكن لأي من هؤلاء مباشرة دعوى المسؤولية قبل المصرف ، وذلك مع تحفظ القانون المصري - دون الفرنسي - على حق السنديك في رفع دعوى المسؤولية التقصيرية على المصرف بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين حيث أن المشرع المصري يفضل بقاء هذه المبادرة في يد الدائنين .

وغني عن القول إن مسؤولية المصرف لا تقوم ما لم يتم إثبات الضرر وقيام علاقة السببية بين تصرف المصرف والضرر الناجم عنه ، علما بأن المصرف يستطيع من جانبه إثبات انتفاء الضرر ، ونفي علاقة السببية بين تصرفه والضرر ، أو إثبات مساهمة العميل في إحداث الضرر بحيث يتجاور خطأ المصرف مع خطأ العميل ، وعندها تقف مسؤولية المصرف عند حدود الضرر الذي يمكن إسناده لخطئه في إنهاء الاعتماد .

اما بالنسبة للرجوع على المصرف فغالبا ما يتخذ صورة المطالبة بالتعويض ، وإذا تجاوزنا القواعد العامة المتعلقة بالتعويض فيمكن الإشارة للمسائل التالية اللصيقة الصلة بالتعويض عن إنهاء الاعتمادات المصرفية :

١ - يختلف مقدار التعويض تبعا للظروف المحيطة بالإنهاء ، فهو يكون كبيرا حين يأتي بصورة مفاجئة أو عشية يوم استحقاق دين مثلا ، وعلى العموم ، فقد جرت المحاكم الأمريكية على تقرير تعويضات عالية جدا عن الإنهاء المفاجىء للاعتمادات .

٢ - يقدر التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية عن طريق وضع المضرور بالحالة التي كان سيكون عليها فيما لو لم يقع خطأ ، أما في نطاق المسؤولية العقدية ، فمن المعلوم أنه يغطي الخسارة اللاحقة والكسب الفائت بما في ذلك تفويت الفرص على العميل فاتح الاعتماد .

٣- فيما يتعلق بالتعويض عن الأذى العاطفي Emotional distress الناجم عن إخلال المصرف بالتزامه المترتب عن عقد فتح الاعتماد ، فإن ذلك مسلم به في فرنسا ومصر وأمريكا باعتباره نوعا من الضرر الأدبي . أما في انجلترا ، فإن المحاكم تميز في هذا الصدد بين العقود المتعلقة بالراحة والمتعة ، وتلك التي تستهدف الربح بحيث لا تقر مثل هذا التعويض إلا بالنسبة لطائفة العقود الأولى .

٤ - فيما يتعلق بالتعويضات الرادعة Punitive damages أو المثالية Exemplary damages(وهي عبارة عن مبالغ تقررها المحاكم كتعويضات بقصد معاقبة الجاني وبحيث يكون مثالا وعبرة لغيره ، إلا أنها لا تتناسب مع الخسائر المادية التي تلحق المضرور) فقد جرى العمل في أمريكا على قيام المحلفين بتقريرها عندما يتبين لهم أن تصرف المصرف فاتح الاعتماد يستحق التوبيخ ويبعث على شعور جدير بالازدراء لديهم . ولكن لا مجال لمثل هذه التعويضات في انجلترا كجزاء على الإخلال بالمسؤولية العقدية وإنما مجالها فقط هو المسؤولية التقصيرية وخاصة في قضايا القذف والتشهير ، علما بأن قضايا الاعتمادات المصرفية تنظر في انجلترا أمام قاض منفرد لا أمام محلفين .

المراجع العربيـــة

١ - إبراهيم رضوان العبادلة ، الجهاز المصرفي والمالي في الكويت ، دار الوطن للصحافة والطباعة والنشر ، يناير سنة ١٩٨٠ .

٢ - ادوار عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، بيروت ١٩٦٨.

٣ - أكرم ياملكي وفائق الشماع ، القانون التجاري ، منشورات جامعة بغداد ١٩٨٠.

٤ - الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الجزء الثالث ، عمليات المصارف الطبعة الأولى ، بيروت سنة ١٩٨٣.

٥ - أنور طلبة ، مجموعة المبادىء القانونية ألتي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما ، الجزء الخامس ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٤.

٦ - أنور طلبة ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعيّة بالاسكندرية بدون تاريخ .

٧ - جعفر الجزار ، العمليات البنكية مبسطة ومفصلة ، دار النفائس ، بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٥.

٨ - حسني المصري ، القانون التجاري ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٨٧.

٩ - حياة شحاته ، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر ، القاهرة ١٩٩٠.

١٠ - رزق الله انطاكي ، الحسابات والاعتمادات المصرفية ، دار الفكر ١٩٦٩ .

١١ - سامي خليل ، النقود والبنوك ، شركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع ، الكويت ١٩٨٢.

١٢ - سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٨.

١٣ - شكري أحمد السباعي ، الوسيط في قانون التجارة المغربي والمقارن ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، الرباط ١٩٨٨.

١٤ - عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٢.

١٥ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الطبعة الثانية ، بيروت ١٩٧٣.

١٦ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ١٩٥٢.

١٧ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (٣) نظرية الالتزام بوجه عام ، دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨ .

١٨ - عبد المجيد محمد عبودة ، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية ، معهد الإدارة العامة ١٤٠٦هـ.

١٩ - عزت عبد القادر ، شرح أحكام المنازعات التجارية ، الطبعة الأولى ١٩٩٠.

٢٠ - علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف بالاسكندرية بدون تاريخ .

٢١ - علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨.

٢٢ - غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الاسلامية ، القاهرة ١٩٧٨.

٢٣ - فابيا وصفا في شرح قانون التجارة ، الطبعة الثانية ، بيروت .

٢٤ - فريد الصلح وموريس نصر ، المصرف والأعمال المصرفية ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ١٩٨٩.

٢٥ - محمد حسني عباس ، عمليات البنوك ، القاهرة ١٩٧٢ م .

٢٦ - محمود محمد أحمد الرزاز ، محاضرات في النقود والبنوك ، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٤.

٢٧ - محمود مختار بريري ، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الاعتمادات ، دار الفكر العربي القاهرة ١٩٨٦.

٢٨ - محي الدين اسماعيل علم الدين ، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، الجزء الثاني، القاهرة ١٩٨٧.

٢٩ - معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الأول ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٧.

٣٠ - مصطفى كمال طه ، القانون التجاري : الأوراق التجارية ، العقود التجارية ، عمليات البنوك والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٦م.

٣١ - نبيه غطاس ، معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ، مكتبة لبنان ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٨٠.

المراجع الاجنبيــة

1 - Anthony Saunders, Gregory F. Udell, Lawerence J. white, Bank : Management and Regulation, California 1992.

2 - Bach , De L'ouverture du crédit, thèse , paris 1982.

3 - Cabrillac et Teyssi, Revue trimestrielle de droit commercial , no 40 1984, Banques et operation du banque.

4 - Charle Gide , Principles of Political economy London 1930.

5 - Chorley & Smart , Leading cases in the Law of banking , 6 th ed . by P.E. Smart Sweet and Maxwell, London 1990.

6 - Christian Gavalda, Responsabilité Professionelle du banquier, paris , 1978.

7 - Christian Gavalda et Jean Soufflet , Droit de la Banque, paris 1974.

8 - Christian Gavalda ef Jean Soufflet, La Loi Bancaire du 24 Janvier, Juris-classeur-periodique, 1985.

9 - Day and Beza, Money and Income , N. Y . oxford university press 1960.

10 - Hamel, Lagarde et Jauffret, Traté de Droit Commercial, T. 2, Dalloz, 1966.

11 - Henrion et Simonet, les aspects juridiques et économiqus du crédit à court terme, Bruxelles 1960.

12 - Holden, the law and Practice of Banking, part , 1,3 rdéd ition , London 1980.

13 - J . Azema , la durée des contrats, successifs, thèse lyon 1969.

14 - Jack vézian , la responsabilité du banquier en droit privé français, troisième èdition , paris 1083.

15 - Jean Bousquet L'entreprise et les banques, librairies techniques 1977.

16 - John Cochran, Money , Banking and Economy , London 1975.

17 - Marty et Raynaud, Droit civil, T 2 19 62.
18 - Michel Vasseurs , Banquier en 1983 (2) Banque 1983.
19 - René Rodière Jean- louis, Rivès- Lang, Droit Bancaire troisième edition, paris1980.
20 - Ripert et Robolt, traité élémentaire de droit commercial, t. 1. Paris 1972.
21 - Ross Cranston, Banks: Liability and Risk, Lioyd's of London press 1990.
22 - Tim clarke and William Vincent, Banking under pressure Breaking the chains , Butterworth , London 1989.
23 - Van Ryn , Principles de droit Commercial, Bruxelles, 1960.

نظام جرائم المخدرات

فى المملكة العربية السعودية

الدكتورة

خلود سامى عزارة آل معجون

- استاذ مساعد بكلية العلوم الادارية-

جامعة الملك سعود بالرياض

نظام جرائم المخدرات فى المملكة العربية السعودية

الدكتورة/ **خلود سامى عزارة آل معجون**
- استاذ مساعد بكلية العلوم الادارية-
جامعة الملك سعود بالرياض

المقـــدمـــة

الشريعة الاسلامية هى النظام العام فى المملكة العربية السعودية، وفى ضوئها ووفقا لمبادئها تتحدد معالم هذا النظام، وطبقا لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء توقع العقوبات التى حددها الشارع مقدما بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص، أما الجرائم الاخرى وهى التعزيرات ومنها المخدرات فقد ترك أمرها لولى الأمر يعالجها بمراعاة ظروف المجتمع القائم مسترشدا فى ذلك بهدى الشريعة وروحها، ومن ثم فان الشريعة الاسلامية قد راعت مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة، فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص، فالجرائم والعقوبات فى الحدود محددة ومقدرة وهى لا تثبت الا بالنص، وكذلك الشأن فى القصاص، أما فى التعازير فان سلطة ولى الامر فى تعزير العقوبات عن المعاصى مقيدة بضوابط معينة أهمها حماية المصلحة الاسلامية والقضاء على الفساد.

وعليه فان الفهم الواعى لقواعد الشريعة الاسلامية يتيح لها أن تستوعب الأنظمة الجنائية المعاصرة التى ثبتت أهميتها وقيمتها، اذ تستند فلسفة الشريعة الاسلامية فى التجريم والعقاب على مدى مساس الفعل المرتكب بالمصالح

المعتبره شرعا، وهي الضرورات الخمس - حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال - لأن حياة المجتمع لا تستقيم بدونها، وهذه الضرورات تتعلق بحقوق الله تعالى فلا يجوز المساس بها واتيان ما يمسها من أفعال وأبرزها تعاطى المخدرات لما تخلفه من مضار على ضرورة حفظ النفس والعقل. لذلك أوجبت الشريعة تجريم الاتجار بها وتعاطيها وزراعتها حيث استفحل أمرها فى مجتمعاتنا المعاصرة وباتت تثير قلقا على النطاق المحلى والدولى للأثار الفتاكة التى تحدثها فى الصحة والمال والمجتمع.

وفى عالمنا الاسلامى ساد مفهوم خاطئ لدى المتعاطى، بأنه وان حرم الله الخمر الا أنه لم يرد فى القرآن الكريم ما يحرم المخدرات، ومن ثم فهى من المباحات فى نظره، لذلك نجد أن الكثير ممن يتجنبون شرب الخمر الا أنهم لا يجدون غضاضة فى ادمان المخدرات استنادا لذلك الفهم الخاطئ.

فكان لابد من التعرض لحكم الشريعة الاسلامية بالنسبة لتجريم المخدرات، والاسس التى استند عليها هذا التجريم لأن الشريعة الاسلامية هى أساس النظام العقابى السعودى الذى أخذ على عاتقه التصدى لهذه الجريمة بتقرير القواعد التى ترمى الى منع وقوع الجريمة بتوقيع العقوبة الرادعة على من يحاول تهريب وترويج تعاطى المواد المخدرة، وكذلك اتخاذ الوسائل الكفيلة التى تؤدى الى اصلاح المجرم حتى لايعود الى ارتكاب الجريمة مرة أخرى. ومن هنا تظهرعظمة الشرع الحنيف حين ترك أمر تقدير عقوبة مرتكب هذه الجريمة التعزيرية بيد الحاكم لأن ذلك أمر تتطلبه المصلحة العامة، وبذلك يكون للشريعة الاسلامية فى هذا المجال فضل السبق الى تجريم

ما يمس الصحة النفسية والبدنية فى كافة صورها عن الأنظمة الوضعية الحديثة.

هذا وسوف تكون خطة البحث على النحو الآتى:

الفصل الأول
تطور التجريم فى نظام جرائم المخدرات فى المملكةالعربيةالسعودية

الفصل الأول
تطور التجريم فى نظـام جرائم المخدرات
فى المملكة العربية السعودية

تمهيـد:-

ان المملكة العربية السعودية قد مرت منذ نشأتها بتطورات اجتماعية واقتصادية كبيرة مما اضطرت معه الدولة الى مواجهة هذه التطورات باصدار الأنظمة المناسبة لها.

فانتقال المجتمع من طور حضارى الى طور حضارى آخر يوجب تعديل النظام بما يناسب هذا التطور الحضارى (١).

ولما تفاقمت مشكلة تعاطى المخدرات والمفترات والادمان عليها فى المجتمعات المعاصرة ومنها المجتمع السعودى، حق لولى الأمر أن يصدر الأنظمة لمكافحة المخدرات بأنواعها المختلفة حماية لأبناء شعبه وحماية لمصلحة وطنه مصداقا لقول النبى صلى الله عليه وسلم (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته) وتمشيا مع القاعدة العامة فى الأحكام الشرعية الاسلامية ومقاصدها المتمثلة فى المحافظة على الضرورات الخمس.

وفيما يلى نستعرض بايجاز تطور التجريم فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى.

تطور نظام جرائم المخدرات السعودية:-

. أولا/ فى سنة ١٣٥٣هـ صدر الأمر السامى بالموافقة على نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة رقم ٣٣١٨ بتاريخ ١٣٥٣/٤/٩هـ، ويتكون هذا النظام من اثنين وثلاثين مادة، وبين هذا النظام المواد المخدرة والعقوبات المقررة لها.

.ثانيا/ عدل هذا النظام بقرار مجلس الوزراء رقم ١١ بتاريخ ١٣٧٤/٢/١هـ ونص التعديل على ما يلى:-

١- كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة تهريب المواد المخدرة الى المملكة بطريق مباشر أو غير مباشر يعاقب بالعقوبات التالية:-

أ- يسجن مدة خمسة عشر عاما.

ب- تصادر المواد المهربة وتتلف.

ج- يغرم بغرامة مالية قدرها عشرون ألف ريال عربى سعودى.

وبعد تطبيق العقوبات السابقة يجازى أيضا بحرمانه من السفر الى الخارج ان كان سعوديا ويبعد من المملكة ويحرم من الدخول اليها ان كان أجنبيا، وتعطى صورته الى خفر الموانئ والحدود والممثليات.

٢- كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة الاشتراك فى تهريب المخدرات أو تسهيل دخولها الى المملكة يعاقب:-

أ- بالسجن مدة سبع سنوات.

ب- يفصل من وظيفته ان كان موظفا.

٣- كل شخص من غير الصيادلة والمرخص لهم بالاتجار بالمواد المخدرة تثبت حيازته لشئ من المخدرات أو توسطه فى تصريفها بالبيع أو

الارسال أو النقل من جهه الى أخرى يعاقب بالسجن مدة خمس سنوات ويغرم بغرامة مالية قدرها عشرة آلاف ريال عربى سعودى.

٤- كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة تعاطى شئ من المخدرات يعاقب بما يلى:-

أ- بالسجن لمدة سنتين.

ب- يعزر بنظر الحاكم الشرعى.

ج- بعد تطبيق احكام الفقرتين (أ، ب) يجازى أيضا بابعاده عن البلاد ان كان أجنبيا.

ثالثا/ صدر بعد ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٦١٤ بتاريخ ١٣٨٧/٧/١٥هـ المتوج بموافقة خادم الحرمين الشريفين المتضمن ما يلى:-

١- حظر زراعة الجنزفورى أو تداوله للأخطار التى تنجم من تداوله على المجتمع ويعلن عن ذلك فى الصحف المحلية.

٢- تطبق المادة الاولى من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٣٧٤هـ والخاص بعقوبة المخدرات والذاصة بالمهربين على كل شخص يثبت شرعا زراعته لمادة الجنزفورى وتطبيق بقية المواد من القرار على الحالات الاخرى من حيازة واتجار ووساطة واستعمال مادة الجنزفورى.

رابعا/ صدر الأمر السامى رقم ٣٠١٧ بتاريخ ١٣٩١/٤/١٦هـ بتطبيق عقوبة الاعدام على مهربى القات ومستعمليه بناء على الفتوى التى صدرت من فضيلة المرحوم الشيخ محمد بن ابراهيم مفتى المملكة السابق فى الفتوى رقم ٢٠٠ بتاريخ ١٣٧٦/٤/١هـ حيث (٦) جاء فيها مسألة (القات) حادثة

الوقوع والحكم عليها يتوقف على معرفة خواص هذه الشجرة وما فيها من المنافع والمضار، وأيهما أغلب، فظهر بعد البحث وسؤال من يعتد بقولهم من الثقات أن المتعين فيها المنع من تعاطيها وزراعتها واستعمالها وتوريدها لما اشتملت عليه من المفاسد والمضار فى العقول والأديان والأبدان، ولما فيها من اضاعة المال وافتتان الناس بها، ولما تشتمل عليه من الصد عن ذكر الله وعن الصلاة، فهو شر ووسيلة آخذة بشروره والوسائل لها أحكام الغايات، وقد ثبت ضررها وتفتيرها وتخديرها، بل واسكارها مقدم على النافى، فهاتان قاعدتان من قواعد الشرع تؤيد القول بتحريمها قياسا على الحشيشة المحرمة، لاجتماعها فى كثير من الصفات وليس بينهما فرق عند أهل التحقيق(٢)

خامسا/ صدر الأمر السامى رقم ٤/ب/٩٦٦٦ بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠هـ ولكل من وزارة العدل ووزارة الداخلية باعتماد العمل بقرار مجلس هيئة كبار العلماء الذى صدر بالاجماع برقم١٣٨ وتاريخ ١٤٠٧/٦/٥هـ الذى نص:-

١- بالنسبة لمهرب المخدرات فان عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وادخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه، واضرار جسيمه وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذى يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج ويمون بها المروجين.

٢- أما بالنسبة لمهرب المخدرات فقد نص القرار رقم ٨٥ بتاريخ ١٤٠١/١١/١١هـ على أن من يروج المخدرات للمرة الاولى فيعزر تعزيرا بليغا بالحبس والجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائى، وان تكرر منه ذلك فيعزر بما يقطع شره عن المجتمع

ولو كان بالقتل، لأنه بفعله يعتبر من المفسدين فى الأرض وممن تأصل الاجرام فى نفوسهم.

بعد استعراضنا لأهم التطورات التى طرأت على النظام الخاص بمنع الاتجار بالمواد المخدرة أو تعاطيها، نبين الاسس التى استند عليها النظام فى تجريمه للمواد المخدرة خاصة وان المملكة تطبق الشريعة الاسلامية فى أنظمتها فى مبحث أول وأركان جرائم المخدرات فى مبحث ثانى على النحو الاتى:

المبحث الاول

الاسس التى استند عليها النظام فى التجريم

تمهيد:-

تعتبر جرائم الاتجار وترويج وتعاطى المخدرات من جرائم التعزير التى يحق لولى الأمر أن يوقع الجزاء على كل من يرتكب أو يسهم فى أى جريمة منها. وكما هو معلوم أن الشريعة الاسلامية قسمت الجرائم بحسب جسامة الفعل المرتكب الى:

١- جرائم ذات عقوبات مقدرة وهى الحدود التى يتحقق فيها اعتداء على حقوق الله (كل ما يمس المجتمع) وتكون العقوبة فيها مقدرة من الشارع، ولا يترك لولى الأمر تقديرها، كحد الزنا، وحد القذف وحد الشرب وحد السرقة.(٣)

والقصاص الذى تعنى به الشريعة المماثلة، أى أن يعاقب الجانى بمثل فعله(٤) (قصاص صورة ومعنى) أو أن يدفع الدية (قصاص معنى) وتتعلق بما أتلف الجانى بالجناية ولا يتجه اليها الا اذ تعذر القصاص الأصلى.(٥)

٢- جرائم التعازير، وهى تلك التى لم ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها فى الكتاب أو السنة مع ثبوت نهى الشارع عنها لانها فساد فى الأرض أو تؤدى الى فساد(٦) فهى تجب حقا لله تعالى أو لآدمى فى كل معصية ليس فها حدا أو كفارة(٧) فالمعصية انما هى ارتكاب محرم، وكل فعل أو ترك محرم فى الشريعة الاسلامية يعتبر جريمة توجب أو تجيز عقابا (٨) ويترك تقديرها لولى الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة العامة. الا ان ارادة ولى الأمر فى التجريم ليست مطلقة، وانما مقيدة بأن يكون الباعث على التجريم حماية المصلحة العامة، وأن يحقق التناسب بين الجريمة و العقوبة المفروضة عليها، كما يجب أن يكون للعقوبة دور فعال فى القضاء على الفساد.

ولكن هل يجوز لولى الأمر ان يفرض عقوبة القتل بالنسبة للجرائم التعزيرية

ذهب فقهاء المالكية الى تطبيق مبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة والمجرم، ومن ثم يقررون جواز تطبيق عقوبة القتل تعزيرا فى حالات معينة، وهى اما بسبب الجريمة التى تكون طبيعتها بالغة الخطورة، أو بسبب طبيعة المجرم كأن يكون معتادا على الاجرام لا يكف شره فى نظر القاضى بغير عقوبة القتل(٩) يؤيد هذا الرأى الحنفية وفريق من الشافعية والحنابلة (١٠) وهذا هو

الرأى الراجح. واستدلوا على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سأله ديلم الحميرى فقال (قلت يا رسول الله انا بأرض نعالج فيها عملا شديدا وانا نتخذ شرابا من القمح نتقوى به على أعمالنا وعلى برد بلادنا. فقال عليه الصلاة والسلام: هل يسكر، قلت: نعم، قال: اجتنبوه، قلت: ان الناس غير تاركيه، قال: فان لم يتركوه فاقتلوهم) وفى حديث آخر روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال (من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه) (١١) كذلك أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بقتل الجاسوس المسلم(١٢)، وذهب الحنفية الى أنه يعزر بالقتل من تكرر منه فعل الجريمة واذا كان جنسها يوجب القتل، كمن تكرر منه التلوط ، ويسمون ذلك بالقتل سياسة، فللامام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر اذا رأى المصلحة فى ذلك.(١٣) وذهب رأى آخر - وهم قلة- الى عدم جواز التعزير بالقتل واستندوا فى ذلك الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ومن بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين. (١٤) ونرىأن استدلال هذا الفريق بالحديث النبوى لا يصلح الا فى القسم الخاص بالتعزير عن المعاصى المتشابهة مع الحدود الشرعية ولا يمتد الى باقى أقسام التعزير.(١٥) كما استندوا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يحل دم امرى مسلم يشهد (أن لا اله الا الله) ألا باحدى ثلاث: النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمفارق لدينه التارك للجماعه) وتبعا لذلك قصر هذا الرأى عقوبة القتل فى مجال الجرائم الثلاث فقط. ويؤخذ على هذا الرأى أن عقوبة القتل قد ورد ذكرها فى غير هذه المواضع فى القرآن الكريم، وفى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم فالقتل احدى عقوبات جريمة الحرابة وهى أيضا عقوبة واردة فى البغى،

كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه)(١٦).

نخلص من كل ذلك الى مشروعية القتل تعزيرا استنادا الى أساس شرعى من السنة الشريفة طالما كان ذلك بقصد دفع الفساد ووقاية المجتمع.

وقد استند النظام السعودى فى تجريمه لفعل تهريب وتعاطى وترويج المخدرات على القرآن الكريم والسنة والاجماع ، التى سوف نتعرض لها كل فى مطلب مستقبل.

المطلب الأول
القرآن الكريم

وردت فى بعض نصوص القرآن الكريم الاشارة الى تحريم المخدرات من خلال نظرة القرآن الكريم الى الخمر حيث نصت الاية الكريمة (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون. انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) (١٧). صرحت هذه الاية الكريمة بتجريم الخمر الذى يمكن تعريفه ، بأنه كل مسكر مخامر للعقل مغط عليه. فوظيفة الخمر هى ازالة العقل وتحول بينه وبين رؤية الأشياء على حقيقتها ، وهى بذلك تدخل فى تعريف المخدر ، كما أن الرجس لم يستعمل فى القرآن الا كعنوان على ما اشتد قبحه وهو من عمل الشيطان لأنه يتولى شاربها ويقتاده الى حيث يريد من ايقاع العداوة والشقاق

والكراهية ، وصد عن ذكر الله والصلاة (١٨) وهذه المعانى موجودة فى المخدرات بصورة أكثر وضوحا من الخمر لما يؤدى تعاطيها الى هلاكه صحيا، وارتكابه الجرائم بأنواعها، وصد عن ذكر الله وبالتالى تفكك المجتمع الاسلامى وانهياره. كما ورد فى قوله تعالى (الذين يتبعون الرسول النبى الامى الذى يجدونه مكتوبا عندهم فى التوراة والانجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث)(١٩). فى هذه الاية الكريمة قاعدة عامة فيها اباحة فعل الطيبات وتحريم كل ما هو خبيث والمخدرات بكافة أنواعها تعتبر من الخبائث، واذا كان النبى صلى الله عليه وسلم قد وصف الخمر بأنها أم الخبائث، فإن هذا الوصف ينطبق من باب أولى على المخدرات لأنها أشد ضـررا من الخمر، فتكون محرمة بدلالة النصوص والتى استمدت منها القاعدة الشرعية التى تعتبر من أهم القواعد التشريعية فى الإسلام، وهى دفع المضار وسد ذرائع الفساد.

المطلب الثانى
السنة

احتج الفقهاء بتحريم المخدرات على ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم اذ قال (كل مسكر خمر) فهم يرون بناء على ذلك أن اسم (الخمر) على كل المسكرات، لأن الاشتراك فى الصفة يقتضى الاشتراك فى الاسم، وهو قياس فى اللغة وجائز عند الأكثر (٢٠) كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله (إن من العنب خمرا، وان من التمر خمرا وان من العسل خمرا،

وان من الشعير خمرا) لمن أقوى الأدلة على أن الخمر ليس مقصورا على ما أخذ من العنب، بل انه يطلق على كل مسكر.

كذلك ما ورد فى سنن أبى داود (٢١) أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (ما أسكر كثيره فقليله حرام) .(كل مسكر حرام) وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام).

يظهر لنا من هذه الأحاديث أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتبر كل مادة مسكره خمرا سواء سميت بذلك فى لغة العرب أو لم تسم به. فقد جمع الرسول صلى الله عليه وسلم بما أوتيه من جوامع الكلم كل ما غطى العقل و أسكر ولم يفرق بين نوع وآخر، ولا عبرة لكونه مأكولا أو مشروبا مائعا أو جامدا كما هو بالنسبة للمخدرات. ويؤيد هذا القول ما روى عن عائشة رضى الله عنها (لا أحل مسكرا وان كان خبزا أو ماء)(٢٢).

وقال ابن حجر: ان الاسكار يطلق، ويراد به مطلق تغطية العقل، وهذا اطلاق أعم ويطلق ويراد تغطية العقل مع نشوة وطرب. وهذا اطلاق أخص، وهو المراد من الاسكار حيث أطلق، فعلى الاطلاق الاول بين المسكر والمخدر عموم مطلق اذا كان مخدر مسكر وليس كل مسكر مخدر، فاطلاق الاسكار على الحشيشة والجوزة ونحوها المراد به التخدير وعن مسلم بن جابر رضى الله عنه أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن شراب يشربونه بأرضهم عن الذرة يقال له المزر، قال: أمسكر هو؟ قال نعم، فقال: كل مسكر حرام ان على الله عهدا لم يشرب المسكر أن يسقيه من طينة

الخبال، قالوا يا رسول الله وما طينة الخبال؟ قال: عرق أهل النار، أو عصارة أهل النار.(٢٣)

كذلك ما رواه أحمد فى سنده وأبو داوود فى سننه، عن ام سلمى رضى الله عنها أنها قالت: (نهى سول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتر) والمفتر بتشديد التاء من فتره، فالمفتر، كل ما يورث الفتور والخمول والانكسار والضعف واسترخاء الجسم وهدد الأطراف.

فالمخدرات تورث الفتو، ، والنهى عن المفتر نهى عن المخدر، والنهى عن تناول الشئ يدل على تحريمه فيكون تناول المخدرات حراما، اذ أن القاعدة عند المحدثين والاصوليين أنه اذا ورد النهى عن شيئين مقترنين ثم نص على حكم النهى عن أحدهما من حرمة أو غيرها أعطى الآخر ذلك الحكم، بدليل اقترانهما فى الذكر والنهى. وفى الحديث المذكور، ذكر المفتر مقرونا بالمسكر وتقرر عندنا تحريم المسكر بالكتاب والسنه والاجماع، فيجب أن يعطى المفتر حكمه بقرينة النهى عنهما مقترنين.(٢٤) ولا يقال دلالة الاقتران ضعيفة لا يثبت بمثلها التحريم، لأن التحريم لم يثبت بدلالة الاقتران وانما ثبت بدلالة النص، حيث انصب النهى عن المفتر كما انصب على المسكر بدلالة العطف بالواو فانها تقتضى اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فى الحكم. ولا يقال كذلك أن الحديث يدل على الكراهة التحريمية دون التحريم فى نظر فقهاء الحنفية، لأنهم يرون أن ما طلب تركه بدليل ظنى يفيد الكراهة التحريمية، والحديث المذكور ظنى لانه خبر آحاد فيفيد الكراهة التحريمية عندهم دون التحريم، والحقيقة أن الحنفية يتفقون مع الجمهور على

أن الحديث يدل على طلب ترك تناول المفتر على سبيل التحتم واللزوم الظني والقطعي لورودها جميعا من قبل الشارع. بالأول قال الحنفية، وبالثاني قال الجمهور والاختلاف بينهم حول التسمية فهو اختلاف لفظي لا حقيقي، اذ يتفقون جميعا على أن المخدر قد طلب الشارع ترك تناوله على سبيل اللزوم(٢٥) وان الشرع الاسلامي اعتنى بالمنهيات لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (اذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه) وقوله صلى الله عليه وسلم (لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل من عبادة الثقلين). ومن هنا قال الفقهاء: (أنه يجوز ترك الواجب للمشقة، ولا تسامح في الاقدام على المنهيات الا عند الاضطرار.

المطلب الثالث
الاجماع

اختلف الفقهاء المتقدمين في حكم المخدر لأن استعماله لم يفش بعد بين الناس الا أن استعمال المخدر ظهر واستفشى بالقرنين السادس والسابع الهجريين، فاتفق الفقهاء المتأخرون الذين ظهرت المخدرات في زمنهم على حرمة تعاطيها سواء كانت طبيعية أو مخلقه، لانها تفسد العقل والبدن وتهدر المال وتورث مهانة آكلها ودناءة نفسه وهذا ما سنوضحه على النحو الآتي:

الفقه الحنبلى:-

يقول شيخ الاسلام ابن تيميه فى مجموع الفتاوى: أما الحشيشة الملعونة المسكره، فهى بمنزلة غيرها من المسكرات حرام باتفاق العلماء، بل كل ما يزيل العقل فانه يحرم أكله ولو لم يكن كالبنج، وأما قليل الحشيشة المسكره فحرام عند جمهور الفقهاء كسائر القليل من المسكرات لانه قل أن يتعاطى أحد شيئا من هذه المخدرات الا اعتاده والقليل يدعو الى الكثير لقول الرسول صلى الله عليه وسلم (كل مسكر خمر وكل خمر حرام) والنبى صلى الله عليه وسلم بعث بجوامع الكلم، فاذا قال كلمة جامعة كانت عامة فى كل ما يدخل فى لفظها ومعناها سوا ، كانت الأعيان موجودة فى زمانه أو مكانه أو لم تكن. وقال ان من استحل ذلك وزعم أنه حلال فانه يستتاب فان تاب والا قتل مرتدا لا يصلى عليه ولا يدفن فى مقابر المسلمين.

وقد لجأ الى الاستدلال بالمصلحة ودرء المفسده على تحريم المخدرات بعد أن استدل على تحريمها بعموم نصوص الكتاب والسنه، فبين أن مضارها لا تعادلها أى مصلحة تتوهم فيها فهى تورث مهانة آكلها. ودناءة نفسه وانفتاح شهوته مما لا يورثه الخمر، ففيها من المفاسد ما ليس فى الخمر فهى بالتحريم أولى من الخمر لأن ضرر آكل الحشيشه على نفسه وعلى الناس اشد من ضرر الخمر.(٢٦)

وجاء فى المغنى لابن قدامة، ان من شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالما به متلاعبا، فحكمه حكم السكران فى طلاقه، وعلل ذلك بأن عقله زال بمعصية.(٢٧)

الفقــه الحنفـــي:-

يقول الكمال بن الهمام (ان مشايخ المذهبين من الشـافعية والحنفيـة اتفقـوا على الفتوى بحرمة أكل الحشيش بعد أن اختلفوا، لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشئ لعدم ظهور شأنها فيهم، فلمـا ظهـر مـن أمرهـا مـن الفسـاد، عـاد مشـايخ المذهبيـن الـى تحريمهـا)(٢٨) وهـذا يـدل علـى اتسـاع أفـق الفقـه فيقـول الامـام الترتلى فى شرحه لمتن القـدورى: (لا يجـوز أكـل البنـج والحشيشـة والافيـون وذلك كله حرام لانه يفسد العقل حتى يصير الرجل فى خلاعة وفسـاد ويصـده عن ذكر الله وعن الصلاة)(٢٩).

الفـقـه الشافـعـى:

أفتى ابن حجر الهيثمـــى فـى كتابـه الزواجـر بتحريـم الحشيشــة وجـوزة الطيب. وكل نبات تحقق فيه انه مخـدر ومسـكر حيث حـرم الحشـيش مسـتندا إلى ما رواه ابو داوود فى سننه بسند صحيح عن ام سلمـة (رضى اللـه عنهـا) قالت (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كـل مسـكر ومفـتر) وقـال ان هذا الحديث دليل على تحريم الحشيشــة أمـا جـوزة الطيـب فقـال (لامريــة فـى تحريم الجوزة لاسكارها أو تخديرها) وقال أيضـا (فثبـت بمـا تقـرر أنهـا حـرام عند الائمـة الأربعـة الشافعية والمالكيـة والحنابلة بالنص والحنفيـة بالاقتضـاء) وقال إن من زعم حل الجوزة بعد أن يطلع على أقوال العـلماء فيهـا يعـزر التعزير البليغ الزاجر(٣٠).

الفقه المالكى:-

يحرم الفقه المالكى الكثير المسكر من المخدرات، واختلفوا فى تحريم القليل منها، ويذكر الامام محمد الحطاب حيث قال (انه لا خلاف عند المالكية فى تحريم القدر القليل المغطى للعقل من المخدرات وانما اختلفوا فى تحريم القليل منها بناء على الخلاف الذى حكاه خليل عن شيوخه فى هل هى مسكر أو لا؟ فعلى القول بأنها مسكره يحرم قليلها وكثيرها، وعلى القدر بأنها غير مسكره يحرم القدر المفسد منها دون القليل الذى لا يفسد العقل).(٣١) من مجموع هذه الآراء الفقهية نخلص الى أن الشريعة الاسلامية حرمت تناول المخدرات قليلها وكثيرها، لأنها ان كانت مسكرة فتحريم القليل منها ثابت كحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (ما أسكر كثيره فقليله حرام) وان كانت مفترة فقط، فتحريم قليلها من باب سد الذرائع لأنها مفسده ودرء المفاسد من المقاصد الضرورية للشريعة الاسلامية، فكل مادة يثبت اسكارها أو تخديرها أو تفتر العقل ينطبق عليها الحكم بالتحريم أيا كان الاسم الذى يطلق عليها طالما أن جوهرها مسكر ومفتر، وأيا كانت طريقة تعاطيها سواء بطريق الأكل أو التدخين أو السعوط أوالشراب أوالحقن، كما حرمت جميع الأفعال المساعدة والمسهلة على تعاطى المواد المخدرة من اتجار وزراعة وحيازة وتعامل عملا بنظرية سد الذرائع المعمول بها فى الشريعة الاسلامية.
ولكن ما حكم التداوى بالمخدر؟

يرى ابن تيميه أنه لا يجوز التداوى بالمخدر المسكر، لأن التداوى بالخمر والمسكر وكل محرم لا يجوز لما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الخمر يتداوى بها فقال (انها داء وليست دواء) ولما جاء فى السنن أنه

صلى الله عليه وسلم نهى عن الدواء الخبيث قال: (ان الله لم يجعل شفاء امتى فى ما حرم عليها).

ومن ناحية اخرى، أن التداوى بالمخدر والمسكر ليس من الضرورة لانه لا يتيقن الشفاء بالمحرم كما يتيقن الشبع باللحم المحرم، ولان الشفاء لا يتعين له طريق بل يحصل بأنواع الادوية بخلاف المخمصة فانها لا تزول الا بالاكل. (٣٢) الا أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية أجازوا تناول ما يذهب العقل لقطع عضو ونحوه، حيث جاء فى ابن عابدين (لا بأس بشرب ما يذهب العقل من غير الخمر لقطع نحو الكله) (٣٣) وهذا ما نرجحه، فيجوز تناول القليل من المخدرات بقصد التداوى، كما يجوز استعمال الكثير اذا اقتضى ذلك عذر شرعى صحيح كالتخدير عند اجراء العمليات الجراحية، لأن حرمة المخدرات ليست حرمة ذاتية كما جاء فى حرمة الخمر التى حرمت لعينها، وأنما حرمتها مبنية على ما تحدثه من أضرار عقلية وبدنية، فاذا انتفت هذه الاضرار وتحققت مصلحة مشروعة انتفى التحريم، لقوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم) (٣٤) وقد اشترط الفقهاء الذين أباحوا التداوى بالمحرم شرطين:-

الأول :- أن يتعين التداوى بالمحرم بمعرفة طبيب مسلم خبير بمهنة الطب معروف بالصدق والأمانة والتدين.

الثانى:- ألا يوجد دواء من غير المحرم ليكون التداوى بالمحرم متعينا، ولا يكون القصد من تناوله التحايل لتعاطى المحرم، وألا يتجاوز قدر الضرورة.(٣٥)

المبحث الثانى
أركان الجريمة

جرائم المخدرات على إختلاف أنواعها تقوم على ركنين هما الركن المادى، والركن المعنوى. هذا وسوف نستعرض هذه الأركان كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
الركن المادى

الركن المادى للجريمة هو مادياتها، وما يتصل بها من أفعال، أى كل ما يتصل فى كيانها وتكون له طبيعة مادية فتلمسه الحواس(٣٦) ويتكون الركن المادى من عنصرين:-

أولا : المخدر:

المخدر لغة : هو ما يترتب على تناوله كسل وفتور وضعف وإسترخاء فى الأعضاء، وفيه أيضا معنى الستر والتغطية والظلمة والفتور(٣٧).

المخدر اصطلاحا: هو كل ما يترتب على تناوله إنهاك للجسم وتأثير على العقل حتى يكاد يذهب به وتكون عادة الادمان (٣٨).

المخدر نظاماً: مجموعة من المواد تسبب الادمان وتسمم الجهاز العصبى ويحظر تداولها أو زراعتها أو صنعها إلا لأغراض يحددها النظام، ولا تستعمل إلا بواسطة من يرخص له بذلك (٣٩) ويمكن حصر المخدرات فى ثلاثة أنواع هى:

١ – المخدرات الطبيعية: مثل الحشيش والأفيون والكوكا والقات.

٢ – المخدرات التصنيعية: وهى تلك المستخلصة من المخدرات الطبيعية وتكون أكثر تركيزاً مثل المورفين والهيروين والكوكائين.

٣ – المخدرات التخليقية: وهى تلك التى صنعت من مواد كيميائية على شكل كبسولات ومساحيق وحقن، وهذه الأنواع تحتوى على عناصر منبهة أو مسكنة من شأنها إذا استخدمت فى غير الأغراض الطبية أو الصناعية الموجهة أن تؤدى إلى حالة من التعود والادمان عليها. مثل الامفيتامينات والباربيتورات والكابتاجون وحبوب السيكونال.

ومعيار المخدر كونه (مفتراً) والمفتر هو الذى يورث الفتور والخدر.

والذى نلاحظه أن النظام الخاص بالمخدرات فى المملكة العربية السعودية لم يضع تعريفاً لما يسمى بالمواد المخدرة، والحال نفسه بالنسبة لأغلب الأنظمة الوضعية. وإنما أورد نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة الصادر سنة ١٣٥٣ هـ فى المادة الثالثة منه المواد المخدرة التى يحظرها النظام وإن ما عدا هذه المواد يخرج عن دائرة التجريم(٤٠).

وقيام النظام بحصر المواد المخدرة فى جداول تلحق بالنظام يعد مسلكاً محموداً يتفق مع خاصية التحديد والوضوح التى ينسم بها النظام العقابى، كما

أنه لا يعطى للمتهم فرصة للافلات من العقاب بحجة عدم علمه بطبيعة المادة ومفعولها، إذ يكفى للعقاب أن يدرك المتهم اسم المادة حتى ولو جهل فعلا أو زعم جهله بمفعولها لأنه لا مجال فيها للتأويل أو اللبس(٤١) وقد بينت المادة الثانية من هذا النظام جواز تعديل هذه المواد بالزيادة أو الحذف لما قد يكتشف فى المستقبل من مواد لها نفس التأثير على أن تعلن من وقت لآخر وتنشر فى الجريدة الرسمية حتى يضمن علم الجميع بها، ومن ثم تتلافى القصور الذى قد يحدث أحيانا فى استيعاب النظام لكل المواد المخدرة، وتكون مسايرة لأحدث الاكتشافات العلمية(٤٢) وهناك بعض النظم تحرم المادة المخدرة دون ذكر لصفة هذه المادة وتترك للقاضى حرية التقدير على ضوء ما يثبت لديه فى معامل الخبراء(٤٣). وهذه الطريقة تتعارض مع مبدأ الشرعية لأنه لم يحدد لنا محل الجريمة على وجه قطعى، كما تتسم بالغموض خاصة بالنسبة للأشخاص العاديين الذين يمكن أن يفاجئوا بأن ما فى حيازتهم من مواد يعتقد بشرعية حيازتها يحرم تداولها.

بيان نوع المخدر: -

يجب على القاضى بيان نوع المخدر فى حكمه الذى يستوجب أن يكون قد ورد ذكره من ضمن المواد التى نصت عليها المادة الثالثة مستندا فى ذلك على التحاليل المخبرية للقطع بحقيقة المادة، ولا يجدى فى ذلك العلم من ناحية الواقع كالاكتفاء بالرائحة المنبعثة منه وإلا وجب الحكم بالبراءة(٤٤). ولم يعين النظام حدا أدنى لكمية المخدر. فالعقاب واجب حتما مهما كان المقدار ضئيلا متى كان له كيان مادى محسوس أمكن تقدير ماهيته.(٤٥) لأن كمية المخدر ليست ركنا فى الجريمة وإن كانت ضآلة الكمية يمكن أن

يستنتج منها أنها للتعاطى لا للاتجار. إلا أنه إذا كانت الكمية عنصرا فى الجريمة بحيث لا تقوم إذا لم تتوافر هذه الكمية، وذلك عندما يحدد النظام نسب فروق الوزن المتسامح فيه مع الأشخاص المرخص لهم بحيازة واحراز المواد المخدرة، مثل الصيادلة أو عندما يضع حدا أقصى لكميات الجواهر المخدرة التى لا يجوز للأطباء البشريين تجاوزها فى وصفة طبية واحدة، كنص المادة (١٣) في الفقرتين (٢، ٣) والمادة (١٤) والمادة (١٩)(٤٦) هنا تعتبر كمية المخدر عنصرا فى الجريمة، اذا كانت كمية المخدر المضبوطة تجاوز النسبة المسموح بها نظاما، فاذا خلا الحكم من هذا البيان كان معيبا بالقصور متعينا نقضه(٤٧). ولا تثريب على المحكمة إن هى لم تبين مدى مفعول المادة المخدرة، وما اذا كانت كافية للتخدير أم لا(٤٨).

ثانيا: السلوك الانسانى:

إن جرائم المخدرات تعد من جرائم السلوك المجرد الذى يكتفى فيها النظام بتحقق السلوك الإجرامى بغض النظر عن النتائج المتحققة من عدمها(٤٩). ويمكن بيان أنواع السلوك الانسانى التى نص عليها النظام على النحو الآتى:

١ – الجلب والتصدير:

إن النظام الخاص بمنع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي، قد نظم عمليتى الاستيراد والتصدير والخاصتين بالمواد المخدرة، إذ بين الاشخاص والجهات التى يمنح لها الترخيص والاجراءات والبيانات الواجب توافرها

لاصدار الترخيص وذلك لأحكام الرقابة على استيراد وتصدير المواد المخدرة(٥٠) فماذا نعنى بالجلب والتصدير فى ظل أحكام هذا النظام؟

الجلب: هو استيراد المخدر من خارج البلاد وإدخاله الأراضى الوطنية بأية وسيلة كانت.

والضابط فى تجريم الفعل ضابط مكانى تختص بتحديده أحكام القانون الدولى التى تحدد اقليم الدولة البرى والبحرى والجوى. وتخطى الحدود الجمركية بغير استيفاء الشروط التى نص عليها النظام والحصول على الترخيص المطلوب من الجهة الادارية المنوط بها منحه يعد جلبا محظورا، ولا يشترط لوقوع جريمة الجلب أن يقصد الجانى توزيع أو استهلاك المواد المخدرة داخل البلاد، إذ تقع جريمة الجلب حتى لو كانت المواد المخدرة قد أدخلت البلاد بقصد نقلها إلى أقليم دولة أخرى(٥١).

التصدير: هو إخراج أو محاولة إخراج المواد المخدرة عبر حدود إقليم الدولة، ولا تعتبر هذه الجريمة تامة إلا إذا تم فعلا إخراج المخدر خارج اقليم الدولة(٥٢).

ان جلب او تصدير المواد المخدرة لا يعدو أن يكون حيازة مصحوبة بالنقل عبر الحدود الى داخل أراضى المملكة أو خارجها، فهو فى مدلوله النظامى الدقيق ينطوى ضمنا على عنصر الحيازة الى جانب دلالته الظاهرة عليها، فلا يشترط لاعتبار الجانى حائزا لمادة مخدرة أن يكون محرزا ماديا للمادة المخدرة، اذ يكفى أن يكون سلطانه مبسوطا عليها ولو لم تكن فى حيازته المادية أو كان المحرز للمخدر شخصا آخر(٥٣) اذ يستوى أن تكون عملية

الجلب أو التصدير قد وقعت بمعرفة الجانى وكان المخدر فى حيازته المادية، أو أن تكون العملية قد تمت لحسابه أو لمصلحته، كذلك يستوى أن يكون الجانى وقت ارتكاب الجلب أو التصدير موجودا داخل أقليم الدولة أو خارج حدودها(٥٤).

ولكن ما هو مقدار الكمية المجلوبة أو المصدرة والتى على أساسها نستطيع القول بأن هناك جريمة يعاقب عليها النظام؟

هناك رأى يرى أن جناية جلب أو تصدير المواد المخدرة تعتبر مكتملة الاركان بتجاوز الجانى خط الحدود ولا عبرة بمقدار المادة المجلوبة أو المصدرة(٥٥) الا أننا نرى أنّ جناية جلب المواد المخدرة أو تصديرها لا تتحقق الا اذا كان المخدر المجلوب أو المصدر يفيض عن حاجة الشخص وإستعماله الشخصي، لأن مناط التجريم فى هذه الحالة هو ملاحظَة طرح تلك المواد المجلوبة بين الناس للتداول، وذلك لمكافحة إنتشار تلك المواد، وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان الجوهر المجلوب يفيض عن حاجة الشخص(٥٦) وتقدير ذلك يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية.

والقصد الجنائى فى هذه الجريمة لا يتوافر بمجرد تحقق الحيازة المادية، بل يجب أن يقوم الدليل على علم الجانى بأن ما يحرزه هو من الجواهر المخدرة المحظور إحرازها نظاما، ولا يجب أن يكون الدليل الذى بنى عليه الحكم مباشرا، بل لمحكمة الموضوع أن تكمل الدليل مستعينة بالعقل والمنطق(٥٧) كما لا يشترط لقيام الجريمة توافر باعث معين لدى الجانى بل تقع بمجرد إخراج أو إدخال المادة المخدرة الى اقليم الدولة أيا كان الباعث على ذلك.

هذا وإن الاسهام الجنائى بصورتيه الأصلية والتبعية يتصور وقوعها فى جلب المواد المخدرة وتصديرها، فيعد فاعلا فى هذه الجناية كل من يتدخل فى عمل من الأعمال المكونة لها إذ كانت تتكون من عدة أفعال سواء بحسب طبيعتها أو طبقا لخطة تنفيذها، إذ يعد فاعل مع غيره كل من تدخل فى هذا التنفيذ ولو لم تتم الجريمة بفعله وحده، بل تمت بفعل واحد أو أكثر ممن تدخلوا معه فيها متى وجدت لدى الجانى نية التدخل تحقيقا لغرض مشترك هو الغاية النهائية من الجريمة، بحيث يكون كل منهم قد قصد قصد الفاعل معه فى إدخال أو إخراج المواد المخدرة من أو إلى داخل الحدود الوطنية(٥٨).

ويعد مساهما تبعيا إذا اقتصر دور الجانى مع غيره الاتفاق أو التحريض أو المساعدة، وإن كان تطبق عليه وفقا للقواعد العامة - عقوبة الفاعل الأصلى.

أما الشروع فى جريمة الجلب غير متصور، فأما أن تكتمل أركان هذه الجريمة وذلك بمجرد إدخال المواد المخدرة إلى داخل الحدود الاقليمية، ومن ثم تكون جريمة تامة، أو لا تكتمل ولا يقوم التجريم(٥٩). إذ يشترط لاعتبار فعل ما شروعا فى الجريمة، أن يكون الفعل خاضعا لسيادة الدولة، أى أن الأفعال المجرمه يجب أن تقع داخل اقليم الدولة حتى يسرى النظام عليها. أما بالنسبة لجريمة التصدير فاذا تم ضبط المادة المخدرة قبل إتمام إخراجها من اقليم الدولة فان الفعل يعد شروعا فى جريمة تصدير(٦٠).

٢ - صنع المخدرات:

نص نظام متع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة الرابعة منه على تجريم صنع المواد المخدرة(٦١) ويقصد بالصنع مزج مواد معينة تؤدى فى النهاية إلى إيجاد المادة المخدرة مثل صنع الباربيتورات والامفيتامينات، دون اعتبار للوسيلة التى استخدمها الجانى فى هذه الصناعة، إذ يستوى فى نظر النظام أن تكون الوسيلة آلية أو يدوية، كما يستوى أن تكون المواد الأصلية التى استخدمها الجانى مخدرة أو غير مخدرة مادام مزجها يؤدى فى النهاية الى ابراز المادة المخدرة(٦٢) ويكون صنع المواد المخدرة مباحا متى ما تم وفق الشروط التى نص عليها النظام وفى الحدود المسموح له بها، ومن ثم لا يجوز تسليم هذه الجواهر المصنعة، أو التنازل عنها الا باتباع الاجراءات المنصوص عليها فى النظام والا تعرض مرتكبها للعقاب.

ونرى أن نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى لم يورد ذكر اللانتاج – العمليات التى تؤدى الى الحصول على المواد المخدرة من النباتات المثمره لها – أو الاستخراج – تحليل مادة قائمة وفصل عناصرها المكونة لها فصلا يتم به الحصول على المادة المخدرة (٦٣) فان هذا لا يمنع ادخال هاتين الصورتين تحت مصطلح الصنع.

٣- زراعة النباتات المخدرة:-

ان نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى لم يورد ذكرا لزراعة النباتات المخدرة وما يتعلق بجلب أو حيازة أو احراز هذه النباتات فى أى طور من "اطوار نموها وبذورها، وكان ذلك بقصد الاتجار الا فيما يتعلق

بحظر زراعة الجنزفورى وتداوله الذى صدر فيه قرار مجلس الوزراء رقم ٦١٤ بتاريخ ١٣٨٧/٧/١٥هـ بعد أن ثبت فى التحليل أنها مادة مخدرة (٦٤) ان التجريم الوارد فى هذا القرار اقتصر على تجريم نوع معين من المخدرات وهى الجنزفورى مما قد يفيد اباحة زراعة باقى أنواع المخدرات، لأن الأصل فى الأشياء الاباحة الا ماحرم منها، وعليه لايمكن العقاب على زراعة المخدرات الا بموجب نص فى النظام يعاقب على زراعتها - مبدأ الشرعية - وكان الأجدر أن يأتى التجريم بصيغة الاطلاق والشمول بحيث يشمل تجريم زراعة كافة أنواع المخدرات، ولعل الدقنن كان معذورا فى ذلك لأنه عند وضع هذا النظام سنة ١٣٥٣هـ لم تكن المملكة قد بلغت من التطور الذى وصلت اليه اليوم فى مجال الزراعة وخاصة بالنسبة للمزارع المحمية التى استطاع بواسطتها المزارعون زراعة كافة أنواع المزروعات التى لا تصلح زراعتها فى المملكة. ونرى أن يأخذ المقنن هذه الناحية بعين الاعتبار فى تطور النظام مستقبلا لكى نسد كل ثغرة يستطيع المفسدون أن ينفذوا منها لطرح سمومهم والافلات من العقاب.

هذا وان محكمة النقض المصرية قد أعطت مفهوما واسعا للزراعة حيث قضت "بأن الزراعة ليست مجرد القاء البذور فى جوف الأرض أو غرس شتلات النباتات فى بطنها ولكنها تتجاوز هذا المدى لتشمل كل أفعال التعهد اللازم للزرع سواء انصبت هذه الأفعال عليه مباشرة كأفعال التسميد والتقليم أو وقعت على الأرض ذاتها كأعمال الرى والعزق واستئصال النباتات الطفيلية"(٦٥) وقضت أيضا" أن الجريمة تقع تامة بمجرد وقوع فعل الزراعة سواء نبت الزرع أوجنت شجيراته وسواء تحقق انتاج المادة المخدرة أو لم

يتحقق ذلك لأى سبب من الأسباب ولو كان بفعل ارادى من جانب الزارع نفسه"(٦٦).

وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة، ومن ثم تخضع لأحكام هذا النوع من الجرائم فى شأن التقادم وسريان النظام الجنائى وحجية الأمر المقضى به(٦٧).

٤- الحيازة والاحراز:-

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة الرابعة والعشرين فى الفقرة الثالثة والرابعة والخامسة على واقعة حيازة واحراز المواد المخدرة، (٦٨) فما هو المقصود بمصطلح الحيازة والاحراز؟

الحيـــازة:-

الحيازة واقعة مادية من شأنها أن تنتج آثارا قانونيه، (٦٩) وتتكون من عنصرين: الأول مادى، وهو الاحراز، أى السيطرة المادية على الشئ، والتى يمكن أن يمارسها الشخص بنفسه أو بواسطة غيره. والثانى معنوى، وهو قصد الشخص استعمال الحق لحسابه. وتتحقق الحيازة فى الفقه المدنى فى صور عدة:-

١- عندما يحرز المنقول ابتداء ويباشر فيه الأعمال المادية ما يباشره المالك بملكه، وتتحقق هذه الصورة بالاستحواز الفعلى على المنقول.

٢- عندما لا يسيطر الشخص ابتداء، ولكن تنتقل اليه السيطرة المادية من شخص آخر مسيطرا عليها ونقلها اليه، ويكفى هنا مجرد التمكن من الاستحواذ.

٣- عندما يمارس عدة أشخاص الحيازة على الشيوع بحيث يحق لكل منهم استعمال الشئ ويمارس كل منهم السيطرة المادية على الشئ المشاع مع غيره.

٤- عندما يمارس الحائز السيطرة المادية على الشئ بواسطة خدمه وأتباعه، فالسيطرة يباشرها وسيط يكون متصلا به إتصال المتبوع بالتابع يأتمر بأوامره ويلتزم بتعليماته وليس له حرية التصرف فتكون الحيازة للحائز الأصلى، أما الخادم أو التابع لا يعتبر حائزا، ولكنه وسيط أو حائز عرضى يمارس الحيازة باسم الحائز الأصلى.

٥ - عندما يمارس الحائز السيطرة المادية على الشئ بواسطة وسيط يتمتع بشئ من حرية التصرف مثل صاحب حق الانتفاع والمستأجر والوسيط، هنا يمارس السيطرة المادية لحساب الحائز، ولكن الفرق بينه وبين الوسيط فى الصورة السابقة فى أنه حائز عرضى لحق الملكية وحائز أصيل لحق عينى. ويشترط أن يكون الحائز العرضى حائزا فعلا للحق وله السيطرة المادية عليه.

ومن ثم نقصد بالحيازة هنا الحيازة بالمعنى الواسع الذى يمتد إلى مجرد وضع اليد العارضة على المخدر، فلا يشترط لاعتبار الجانى حائزا لمادة مخدرة أن يكون محرزا للمادة المضبوطة، بل يكفى لاعتباره كذلك أن يكون سلطانه مبسوطا عليها ولو لم تكن فى حيازته المادية أو كان المحرز للمخدر

شخصا آخر(٧٠) فتعتبر الحيازة متوافره فى حالة المالك غير الحائز، كالذى يفقد سيطرته على المخدر بسرقته منه، فيعتبر المالك حائزا للمخدر، كما تعتبر الحيازة متوافرة حتى لو اقترنت بإكراه أو حصلت فيه(٧١).

الإحراز:

هو مجرد الاستيلاء المادى على الجوهر المخدر، بغض النطر عن الباعث على الإحراز يستوي فى ذلك أن يكون الباعث هو معاينة المخدر تمهيدا لشرائه أو أى أمر آخر طالت فترة الإحراز أم قصرت(٧٢). فيستوى أن يكون الإحراز أصليا ثابتا أو عرضيا، فمتى وجد المخدر بحوزة الشخص وعلم المحرز بأن المادة مخدرة يحق العقاب عليه(٧٣) ولا يلزم لتوافر ركن الإحراز أن تضبط المادة المخدرة مع المتهم، بل يكفى أن يثبت أن المخدر كان معه بأى دليل بشرط أن يبنى إقتناع المحكمة على اليقين(٧٤) فمناط المسئولية فى حالتى الحيازة والإحراز هو ثبوت إتصال الجانى بالمخدر إتصالا مباشرا أو بالواسطة، وبسط سلطانه عليه بأية صورة عن علم وإرادة، إما بحيازة المخدر حيازة مادية أو بوضع اليد عليه على سبيل الملك والاختصاص ولو لم تتحقق الحيازة المادية(٧٥) وليس من الضرورى معرفة مصدر المادة المخدرة، ولا أهمية لكمية المخدر المضبوطة مهما تكن ضئيله بشرط أن يكون له كيان محسوس يكفي لتوافر ركن الحيازة والإحراز(٧٦) وتعتبر حيازة وإحراز المواد المخدرة جريمتين مستمرتين بغض النظر عن المدة التى ظل المتهم حائزا أو محرزا للمخدر(٧٧).

٥ - التقديم للتعاطى وتسهيل التعاطى:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة (٢٤) الفقرة الخامسة رقم واحد على تحريم التقديم للتعاطى أو تسهيل التعاطى[٧٨]. إذ أن هذا الفعل أخطر من مجرد التعاطى، فمستهلك المواد المخدرة هو أقل خطورة من صور الاتصال جميعا الذى يكون ضحية الادمان. فماذا يعنى النص بمصطلح التقديم وتسهيل التعاطى.

التقديم للتعاطى:

يقصد بالتسهيل تمكين الغير بدون حق من تعاطى المخدر،أن تسهيل التعاطى ينصرف إلى الأحوال التى يعين فيها الجانى شخصا آخر على تعاطى المواد المخدرة، كتقديم المساعدة المادية أو المعنوية الى شخص لتمكينه من التعاطى، أيا كانت طريقة المساعدة، يستوى فيها أن تكون بنشاط إيجابى أو نشاط سلبى، كالطبيب الذى يعطى أحد المدمنين تذكرة طبية لصرف مادة مخدرة دون أن يكون مريضا، أو كان الفاعل ملتزما بواجب نظامى يحول دون وقوع التعاطى إلا أنه لم يلتزم بذلك قاصدا تمكين الغير من تعاطى المخدر، مثل رجل الشرطة الذى يشاهد أشخاصا يتعاطون المخدر فى مكان يتولى حراسته فيتغاضى عنهم بقصد تمكينهم من إقتراف جريمتهم، فتحقق الجريمة بالحالة الأولى بنشاط إيجابى، والثانية بنشاط سلبى، وفى كلا الحالتين لابد من إتمام التعاطى حتى تقوم به الجريمة. أما الشخص العادى الذى يشاهد بعض الأشخاص يتعاطون المواد المخدرة فيتغاضى عنهم أو يستجيب لتوسلاتهم بعدم إبلاغ السلطات، فلا يعد فى هذه الحالة مرتكب لجريمة تسهيل التعاطى[٨١] وتقع الجريمة سواء كان التسهيل بمقابل

أو بدون مقابل(٨٢) فإذا لم يقع التعاطى فلا يعد الفاعل مسئولا عن هذه الصورة من السلوك، وإن إنطبق على فعله صورة الإحراز المجرمة نظاما إذا توافر الركن المعنوى.

ويتحقق القصد الجنائى بالنسبة لهذه الجريمة بعلم الجانى أن فعله يسهل التعاطى، ولا أثر للبواعث على التسهيل فى قيام الجريمة، ومن ثم لا حرج على القاضى من إستظهار هذا العلم من ظروف الدعوى وملابساتها على أى نحو يراه مؤديا إلى ذلك(٨٣).

٦- التعاطى أو الاستعمال الشخصى:-

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى على تجريم هذا الفعل فى المادة ٢٥ منه(٨٤) والتعاطى أو الاستعمال الشخصى يقتضى بالضرورة توافر الحيازة أو الاحراز كما وضحناه سابقا يزيد على ما تقدم ضرورة توافر باعث خاص هو غرض التعاطى أو الاستعمال الشخصى الذى يستطيع قاضى الموضوع أن يستخلصها ويقدرها من ظروف الدعوى المطروحة عليه،(٨٥) والحقيقة أن مستهلك المواد المخدرة هو أقل الأفراد خطورة من صور الاتصال جميعا، لأنه يكون ضحية الادمان لذلك فى كثير من الأحيان تقوم الجهات المختصة بايداع المتعاطى المدمن المستشفيات المتخصصة لعلاجه من هذا الداء الخطير وتأهيله كى يعود مواطنا صالحا أهلا لتحمل مسئوليته داخل المجتمع.

٧ – التصرف فى المخدر لغير الغرض الشرعى:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي فى المادة (٢٤) فقرة (١١) منه على تجريم هذا النوع من الأفعال(٨٦) الذى لا يقع إلا من الأشخاص المرخص لهم نظاما الاتصال بالمواد المخدرة، إذ يعد تصرفا محظورا البيع والتبادل والهبه والرهن وغيرها من التصرفات، أما مجرد إهلاك المادة المخدرة أو اتلافها أو تعاطيها فلا يعد تصرفا يخضع لهذه الفقرة من التجريم (٨٧) فالشخص الذى رخص له النظام حيازة المخدر وإستعماله إذا لم يلتزم بإستعمال المخدر فى الأغراض التى حددها النظام وبأية صورة كانت يتعرض للتجريم والعقاب، كبيع الصيدلي المادة المخدرة لأحد الأشخاص دون وصفة طبية تخوله الحصول على المخدر، أو يصرف له أكثر مما هو موصوف بالتذكرة، أو أن يسمح لأحد معارفه تناول المخدر بقصد تمكينه من تعاطيها، سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل، كذلك يعاقب الطبيب الذى يعطى تذكرة طبية لشخص سليم ليس بحاجة للمخدر، فالصيدلي والطبيب فى تلك الحالات يقع تحت طائلة النظام. وينطبق هذا النص أيضا على رجال مكافحة المخدرات الذين يضبطون المواد المخدرة والموظفين المنوط بهم إتلافها إذا تصرفوا فى المخدر فى غير الغرض الذى من أجله وضع بين أيديهم.

٨ – مرور المواد المخدرة بطريق الترانزيت:

نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى فى المادة (٩) منه على تجريم مرور المواد المخدرة عبر الأراضى السعودية إذا لم تكن هذه الارسالية مصطحبة صورة رخصة تصدير الارسالية(٨٨) والواقع أن هذا

النظام هو أول من بادر الى تجريم هذه الحالة بالنسبة للتشريعات العربية الأخرى، وإن كان من الممكن تجريمها بدون نص، نظرا لوقوع الجريمة داخل إقليم الدولة، إستنادا إلى مبدأ الاقليمية، إلا أن هذا المسلك يعد محمودا لأنه يسد كل منفذ قد ينفذ منه مهربوا المخدرات لنشر سمومهم فى المنطقة.

المطلب الثانى
الركن المعنوى

الركن المعنوى للجريمة إرادة إجرامية، وتستمد هذه الإرادة تلك الصفة الاجرامية من إتجاهها إلى تحقيق ماديات غير مشروعة، فالركن المعنوي يمثل الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها، إذ أن هذه الماديات لا تهم المقنن إلا إذا صدرت عن إنسان يسأل عنها ويتحمل العقاب المقرر لها. فلا يسأل الشخص عن الجريمة ما لم تقم علاقة بين مادياتها ونفسيته(٨٩). ان جرائم المخدرات من الجرائم العمدية يكفى لقيامها توافر القصد العام، الا فى حالة اشتراط النظام بالنسبة لبعض الجرائم التعزيرية توافر القصد الخاص، هذا وسوف نبين فيما يلى، القصد العام ثم القصد الخاص الذى يعتد به نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة.

القصد العام:

تحقق القصد العام يفترض توافر عنصران هما العلم والارادة.

أ- العلم:

العلم الذى يجب توافره لدى الجانى ليقوم عليه القصد، هو العلم بالفعل المادى وخطورته ومكان وزمان ارتكابه، والصفة التى يتطلبها النظام فيه، وتوقع النتيجة وعلاقة السببية حتى يمكن اعطاء الواقعة وصفها النظامى.(٩٠) فالعلم بأن المادة التى يحرزها الجانى أو يحوزها مخدرة غير مفترض، لذا ينبغى أن يقيم حكم الادانة عليه من واقع الدعوى المطروحة(٩١) أما العلم بتجريم المواد المخدرة نظاما فقد افترض النظام العلم به (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالنظام) اذ أن العلم بعدم المشروعية الجنائية غير لازم لقيام القصد الجنائى، ذلك أن عدم المشروعية هو حكم على الواقعة يتم خارج نطاق الفرد ولا يتوقف على علمه أو ارادته(٩٢) والعلم الذى يعتد به بالنسبة لهذه الجريمة يكفى فيه أن المتهم يعلم أن ما يحرزه جوهرا مخدرا حتى لو دفع انمتهم أنه كان يجهل أن لها مفعولا مخدرا، وينتفى القصد الجنائى متى ما أثبت المتهم حسن نيته وكانت مشروعية اعتقاد، مبنية على أسباب معقولة، كمثل من تصرف له وصفه طبية تحتوى على مخدرات ثم يتضح بعد ذلك أن الطبيب ليس الا ممرضا، فهنا القصد الجنائى منتفى لاعتقاد الجانى مشروعية فعله، ولا حرج على القاضى فى استظهار هذا العلم من ظروف الدعوى وملابساتها على أى نحو يراه، اذ أن العبرة فى الاثبات فى المواد الجنائية هى باقتناع القاضى واطمئنانه الى الأدلة المطروحة عليه(٩٣).

ب - الارادة:-

نعنى بالارادة أى ارادة تحقيق النتيجة الاجرامية وارادة كل واقعة تعطى الفعل دلالته الاجرامية(٩٤). والارادة التى يعتد بها النظام هى تلك الصادرة عن شخص كامل التمييز، أى قادر على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الآثار التى من شأنه احداثها، أى يكون قد أتى فعله عن حرية، أى يكون الجانى حرا فى تحديد الوجهه التى تتخذها ارادته، ومتى ما انتفى أحد هذين الشرطين أصبحت الارادة غير معتد بها لوجود مانع من المسئولية الذى تتجرد فيه الارادة من القيمة القانونية فتحول دون المسئولية العقابية، الا أنها لا تحول دون توقيع التدابير الاحترازية، كصغر السن(٩٥)، والجنون أو عاهة العقل. أما اذا اكره الشخص على ارتكاب الجريمة نتيجة تعرضه لتهديد باحداث ضرر لا يمكن مقاومته الا بارتكاب السلوك الاجرامى، فهنا ينتفى الركن المعنوى لأن الاكراه ينقص من حرية الاختيار التى تجرد الارادة من القيمة القانونية، ومن ثم تنتفى المسئولية الجنائية. وكذلك بالنسبة للشخص الذى تهدده بالخطر مجموعة من الظروف وتوحى اليه بطريق الخلاص منها بارتكاب الفعل الاجرامى (الضرورة) فالاضطرار ينفى المسئولية الجنائية للفاعل، كالوقوع فى مخمصة (المجاعة) مثل التائه فى الصحراء أنهكه الجوع وأشرف على الهلاك فلا يجد أمامه سوى شجرة قات فيتعاطى بعض أوراقها. وهذا ما أقرته الشريعة الاسلامية فى كثير من أحكامها كقوله تعالى (ومن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه)(٩٦) وقوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما ضطررتم)(٩٧) وقوله تعالى (فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم)(٩٨) وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (عفى لامتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ولا عبرة فى قيام القصد

بالباعث على ارتكـاب الجريمـة أو الغـرض الـذى توخـاه الجـانى مـن ارتكابـه للفعل(٩٩).

القصد الخاص:-

القصد الخاص يقوم على العلم والارادة شأنه فى ذلك شـأن القصـد العـام، ولكنه يمتاز بأن العلم والارادة لا يقتصران على أركان الجريمـة وعناصرهـا، وانما يمتدان بالاضافة الى ذلك لوقائع ليست فـى ذاتهـا مـن أركـان الجريمـة، وتلك الوقائع هى التى تكون القصد الخاص.

فهذا الاخير لا يختلف عن القصد العام فى طبيعته وانما يختلف عنـ فـى الموضـوع الـذى يتعلـق بـه العلـم والارادة، واختـلاف الموضـوع وهـو النيـة الخاصـة تضفيها أحكام النظام، وبهذه النية الخاصـة يقـوم القصـد الخـاص(١٠٠) كاشتراط النظام قيام قصد التداول، أو قصد التعاطى، أو قصد التقديم للتعـاطى أوتسهيله للغير أوقصد الاتجار. فهنا يكفى لقيام الجريمة مجـرد توافـر الحيـازة المادية وعلم الجانى بأن ما يحرزه مخـدرا محظـورا. وتوافـر القصـد الخـاص لدى الجاني له من الأهمية فى تكييف الجريمـة، وعليـه وجـب أن يبيـن الحكـم القصد الخاص مـن الجريمـة التـى يمكـن الاسـتدلال عليهـا مـن أحـوال المتهم وظروف الدعوى. وانتفاء القصد الخـاص لا يخـرج الفعـل المـادى الـى دائـرة الاباحة بل يبقى القصد العام للجريمة، ويعـاقب علـى الحيـازة أوالاحـراز فـى صـورة القصـد العـام(١٠١) الا أن القصـد الجنـائى ينتفـى متـى كـان المتهم قـد ارتكب الفعل نتيجة اكراه معنوى كوقوعه تحت تهديـد، لأن ارادتـه تكـون فـى مثل هذه الحالة معيبة وعندئذ لا يمكن أن تكون محلا للمساءلة كما بينا آنفا.

الفصل الثانى
العقوبـــة

تمهيد:-

تعرضنا فى الفصل الأول لحكم الشريعة الاسلامية فـى المخدرات، وهو التحريم واعتبار الجرائم الخاصة بها من جرائم التعازير التى يحق لولى الأمر أن يقدر العقوبة عليها حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ولما كانـت المملكة العربيـة السـعودية من الدول الاسـلامية التى تطبـق الشـريعة الاسـلامية فـى أنظمتها المختلفة، ومنها النظام العقابى، لذا سوف نتعرض للعقوبة فى الشريعة الاسلامية فى مبحث أول والعقوبة المفروضة فى نظـام منـع الاتجـار بـالمواد المخدرة السعودى فى مبحث ثانى على النحو الاتى:

المبحث الأول
عقوبة جرائم المخدرات فى الشريعة الاسلامية

اتفـق الفقهـاء المسلمين علـى حرمـة المخـدرات فـى الشـريعة الاسـلامية ووجوب معاقبة مرتكبى الجرائم المتعلقة بها، وذلـك باعتبـار الأفعـال المسـهلة لها من اتجار وتقديم وتسهيل تقديم واحراز وحيازة وتعـاطى لهـا مـن الجرائـم التعزيرية التى يترك تقدير عقوبتها لولـى الأمـر حسـب مـا تقتضيـه المصلحـة العامة. الا أنهم اختلفوا فى نوع عقوبة متعاطى المخـدر، هل هـى حـد السـكر أوالتعزير. هذا ماسنعرضه فى مطلبين على النحو الاتى:

المطلب الأول
عقوبة حد السكر

قال شيخ الاسلام ابن تيميه(١٠٢) امام الحنابلة فى عصره الى وجوب اقامة الحد على آكل الحشيشة والافيون لانهما مسكرتان وتشتهيهما النفوس، فيجب أن يحد متناولها كما يحد شارب الخمر، وهى أخبث من الخمر من جهة أنها تفسد العقل والمزاج حتى يصير فى الرجل تخنث - وغير ذلك من الفساد، وأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهى داخلة فيما حرمه الله ورسوله من الخمر والمسكر لفظا ومعنى. كما قال ابن حجر الهيثمى الشافعى،(١٠٣) أن الحشيشة المعروفة حرام كالخمر يحد آكلها كما يحد شارب الخمر وهى أخبث من الخمر لآنها تفسد العقل والمزاج وكذا متعاطى البنج والأفيون وغيرهما لأن آكلها ينتشى ويشتهيها كالخمر وأكثر حتى لا يصير عليها.

ويستند أصحاب هذا الرأى الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (كل مسكر حرام) فما يسكر من المخدرات يعطى حكم الخمر، فيقام على متعاطيها الحد بجلده ثمانين جلده أو أربعين قياسا على شرب الخمر لوجود تغطية العقل فى كل منهما.

المطلب الثانى
عقـوبة التعـزير

يختلف الحنفية فى الحكم على تعاطى المخدرات تشديدا أو تخفيفا، وليس فى التخفيف أدنى من اباحة القدر اليسير بدون قصد اللهو والباطل، وليس فى التشديد حكم بحد المتعاطى. وكلهم مجمعون على حرمة التخدير والسكر، وان الخلاف فى القليل كان قبل ظهور مفاسدها، فلما ظهرت أجمعوا على حرمة القليل والكثير.

يقول الامام الترتلى(١٠٤) ان آكل الحشيش والأفيون حرام، ولا حد فيه بل يعزر بما دون الحد لأن حرمتها دون حرمة الخمر، فالشرع أوجب الحد بالمسكر فى المشروب لا المأكول.

اما الفقه المالكى(١٠٥) فقد اتفق على منع كثيرها المغطى للعقل وما لا يغطى من المسكر، فمثل المغطى فى التجريم (ما أسكر كثيره فقليله حرام) كمثل الخمر. وانتهوا الى أنه لا يجب الحد فى تعاطى المخدرات وانما فيه التعزير لأن الحد مختص بالمائعات.

كذلك المتأخرون من الشافعية(١٠٦)، يرون بعدم وجوب الحد فى تعاطى المخدرات، فالمخدر عندهم كله حرام قليله وكثيره ولا حد فيه، بل فيه التعزير الزاجر لا فرق بين مخدر وآخر، لأنها ليس فيها الشدة المطربة لهذا قالوا ان

المخدرات اذا اذيبت بحيث تقذف بالزبد وتطرب صارت كالخمر فى وجوب الحد(١٠٧).

نخلص من كل ما تقدم أن أكثر الفقهاء المتأخرين عاقب على تعاطى المخدرات بعقوبة تعزيرية يترك تحديد نوعها ومقدارها لولى الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة وليست حد السكر مستندين فى ذلك الى:-

١- أن الشرع أوجب حد السكر فى المشروب المائع المسكر، وليست المخدرات كذلك.

٢- أن المعتبر فى الخمر التى توجب الحد الشدة المطربة والنشوة، والمخدرات الجامدة لا تحدث النشوة والطرب، كما فى الخمر والمسكر، فلم يقيسوا المخدرات على المسكرات فى اثبات الحد، لأن القياس فى اثبات الحد محل خلاف، فوجب الاقتصار على مورد النص(١٠٨).

أما سندهم فى وجوب التعزير، فهو أن تناول المخدرات ذنب ومعصية لم يرد فيها حد مقرر أو كفارة، وكل ما كان كذلك وجب فيه التعزير(١٠٩) وهذا ما نرجحه لأن الحدود مسماة من الشارع والعقوبات عليها مقدرة، اما بنص فى القرآن الكريم أو بقول أو فعل من الرسول صلى الله عليه وسلم، كان ايثار القول بدخول تعاطى المخدرات فى التعازير هوالأولى والأحوط فى العقوبة باعتبار الخمر تطلق على الآشربة المسكرة، واذ دخل تعاطى المخدرات ضمن المنكرات التى يعاقب بالتعزير كان للسلطة المنوط بها وضع الأنظمة تقنين ما تراه من عقوبات على الاتجار فيها أو تعاطيها تعزيرا(١١٠).

ونرى أنه لا يجوز الاقتصار فى التعزير على ما دون حد السكر، بل يفوض ولى الأمر تقدير ذلك، فاذا رأى أن المصلحة العامة تقتضى التعزيربالزيادة على حد السكر كان له ذلك، لأن باب التعزير واسع يستطيع ولى الأمر عن طريقه أن يفرض من العقاب ما يكون كافيا للزجر مانعا للاجرام لأن الشريعة لم تحدد له عقوبة معينة، وانما هو يقوى ويضعف بسبب عظم الجناية وصغرها(١١١).

المبحث الثانى
العقوبة فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى

تمهيد:-

ان المملكة العربية السعودية حريصة على تطبيق الشريعة الاسلامية فى أنظمتها المختلفة ومنها الانظمة العقابية. فتحكم كتاب الله واقامة الحدود بحسب ما ورد ذكره فى الشرع الاسلامى وما يفتى به كبار العلماء من مستجدات مستندين فى أحكامهم على القرآن والسنة الاجماع. ولقد أنشأت ادارة للبحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد وفيها مجلس لهيئة كبار العلماء يعرض عليه كل أمر يحتاج الى فتوى.

وكما إتضح لنا من حكم الشريعة الاسلامية أن جرائم المخدرات من الجرائم التعزيزية التى يترك تقدير العقوبة فيها لولى الأمر الذى لا تكون له الحرية المطلقة فى فرضها، وإنما يستند فى فرضها على الكتاب والسنة والإجماع، ويشترط أن تحقق العدالة بأن تكون متناسبة مع أثر الجريمة،

ويتحقق في فرضها الزجر والمنع. ونلاحظ على التطور التشريعي لنظام منع الاتجار بالمواد المخدرة أن ولي الأمر حاول في النظم السابقة معالجة هذه المشكلة بعقوبات مختلفة إلا أنها لم تردع المجرمين. لذلك نص في التعديل الأخير على عقوبات أشد تصل إلى عقوبة القتل بحق مهربي المخدرات، واستند في ذلك إلى الفتوى الصادرة من إدارة البحوث العلمية والإفتاء الذى اتخذ قراره رقم ١٣٨ في ١٤٠٧/٦/٢١ هـ المتضمن تطبيق عقوبة القتل بحق مهربي المخدرات(١١٢) وتأكيد عقوبة التعزير بالنسبة لمروجي المخدرات وقد استند المجلس في فتواه على نص الآية الكريمة (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم)(١١٣).

هذا وسوف نستعرض العقوبات التى فرضها نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة الاصلية والتبعية والتكميلية ضد مرتكبي جرائم المخدرات سواء منهم المهرب أو المروج أو المتعاطي. وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
العقوبات الأصلية

هى الجزاء الأساسى للجريمة ولا توقع إلا إذا نطق بها القاضى وحدد نوعها ومقدارها. وقد نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى على العقوبة الأصلية بالنسبة للمهرب، المروج، المتعاطى على النحو الآتى:

أولا : المهرب

صدر الأمر السامى رقم ٤/ب/٩٦٦٦ بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠ هـ الذى نص فى مادته الأولي على أنه (بالنسبة لمهربي المخدرات فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات وإدخالها البلاد من فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه وأضرار جسيمة وأخطار بليغة على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذى يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج ويمون بها المروجين).

نستخلص من هذا النص أن النظام قد أوقع أشد العقوبات وهى الإعدام على من ثبت عليه الاتجار بالمواد المخدرة، والتجارة فى المفهوم القانونى معناها أوسع وأشمل من معناها لدى علماء الاقتصاد، فهو لا يفرق بين التجارة والصناعة فكل رب صناعة هو تاجر نظاما(١١٤) وعليه فالنص يشمل أيضا كل من قام بتصنيع المواد المخدرة، وكذلك من قام بزراعة المخدرات، نرى أن النص الخاص بالزراعة إقتصر على زراعة الجنزفورى فقط وكان الأولي أن ينص على تجريم زراعة كافة أنواع المخدرات.

ويتحقق الاتجار سواء كان تقديم المخدر للغير بمقابل وحصل فعلا على هذا المقابل أو لم يحصل، فمن يوزع عينة من مادة مخدرة على بعض المدمنين بقصد ترغيبهم بها وحثهم على شرائها يكون قصد الإتجار قد توافر لديه. ويتحقق أيضا الإتجار لدى من يقدم المادة المخدرة كرشوة إلى موظف نظير الحصول على منافع معينة، سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة[١١٥] لا فرق بين من قام بالتجارة بالمواد المخدرة بنفسه أو اشترك مع غيره فى أى طريق من طرق المشاركة.

ثانيا: المروج

نص الأمر السامى رقم ٤/ب/٩٦٦٦ بتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠ هـ فى مادته الثانية على أنه (بالنسبة لمروجي المخدرات فقد أكد المجلس قراره رقم ٨٥ بتاريخ ١٤٠١/١١/١١ هـ على أن من يروج المخدرات فإن كان للمرة الأولى فيعزر تعزيرا بليغا بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائي، وإن تكرر منه ذلك فيعزز بما يقطع شره عن المجتمع ولو كان بالقتل، لأنه بفعله هذا يعتبر ممن تأصل الإجرام فى نفوسهم).

وفق هذا النص، العقوبة التى تطبق على مروجى المخدرات هى عقوبة تقديرية ترك ولى الأمر تحديدها للقضاء سواء كان ذلك بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب تقدير القاضى الذى يجب عليه فى إختياره للعقوبة أن يأخذ بعين الإعتبار الظروف التى تحيط بالجريمة

والمجرم، والتي قد تقتضى التشديد أو التخفيف أو الاعفاء من العقاب(١١٦) إذ أن فرض العقوبة على المجرم غرضها الأساسى التأديب والاصلاح والزجر – وتشدد العقوبة التى قد تصل إلى الاعدام إذا عاود المروج إرتكابه الجريمة بعد الحكم عليه نهائيا بالإدانة، لأنه يعبر عن خطورة إجرامية للجاني لم يفلح الحكم السابق فى إزالتها، وهو ظرف شخصي يتعلق بشخص الجانى ولا يسرى إلا فى مواجهة من توافر فى حقه دون غيره من الفاعلين أو للشركاء).

ثالثا: المتعاطى:

نصت المادة الرابعة من نظام منع الإتجار بالمواد المخدرة المعدل سنة ١٣٧٤ هـ على أنه (كل من يثبت عليه لدى المحاكم المختصة تعاطى شئ من المخدرات يعاقب بما يلى:

١ – بالسجن لمدة سنتين.

٢ – يعزز بنظر الحاكم الشرعى.

٣ – بعد تطبيق أحكام الفترتين (١، ٢) عليه، يجازى أيضا بإبعاده عن البلاد إن كان أجنبيا.

إتجه النظام السعودى إلى تجريم التعاطى وذلك لحماية مصلحة الدولة فى الحفاظ على كيان الأسرة وسلامة أفراد المجتمع. حيث فرض النظام عقوبة أصلية على المتعاطى هى السجن لمدة سنتين مع الحكم عليه بعقوبة تعزيرية كالجلد، والتى يترك تقديرها للقاضى حسب القضية المعروضة أمامه والظروف التى ألمت بالمحكوم عليه. وفى كثير من الأحيان يودع المتعاطى

المدمن المستشفيات المتخصصة لعلاجه وتأهيله كي يعود مواطنا صالحا.
والواقع أن التدخل التشريعي ازاء مشكلة تعاطى المخدرات يختلف باختلاف نظرة المجتمع ازاء المتعاطى، فالبعض يعتبره آثما فى حق نفسه وحق المجتمع ومن ثم يستحق العقاب، بينما البعض الآخر يعتبره مريضا وضحية لضغوط نفسيه وبيئية أقوى من ارادته ومن الواجب معالجته من مرضه. ورأى آخر يرى أنه آثم ومريض فى نفس الوقت مما يتعين معاقبته مقابل ارادته المذنبة، ومعالجته كى يشفى من ادمانه، الا أننا نرى اجماع النظم وخاصة فى المنطقة العربية على معاقبة المتعاطى، لأن تعاطى المخدر بمثابة اعتداء المتعاطى على سلامة جسمه وحياته وهذا الاعتداء يحرمه النظام، لأن الضرر لا يقتصر على المتعاطى فحسب وانما يشمل المجتمع أيضا باعتباره أحد أفراده، لذا كان تجريم التعاطى اجراء وقائيا للحد من اقبال الأشخاص على التعاطى(١١٧) كما أن العقوبة تمثل مانعا من ارتكاب الجريمة لدى الكثير ممن تهتز لديهم فى ظروف معينه القيم والمثل الدينية والخلقية، واذا لم تؤثر العقوبة بالنسبة للمتعاطى فانها تباشره بالنسبة لغيره عند تنفيذها(١١٨).

المطلب الثانى
العقوبات التبعية والتكميلية

الى جانب العقوبات الأصلية المقررة لجرائم المخدرات، فقد ورد فى النظام عقوبات تبعية واخرى تكميلية نستعرضها بايجاز على النحو التالى:

أولا : العقوبات التبعية:

وهى تلك العقوبة التى تترتب على الحكم بالعقوبة الأصلية دون الحاجة لأن ينص عليها فى الحكم الصادر بالادانة، فهى تتبع العقوبة الأصلية، وتنفذ بقوة النظام ومنها الفصل وجوبا من الوظائف العامة متى ما حكم عليه بالسجن أكثر من سنة وجوازا إذا كانت أقل من سنة، وكذلك يحرم من إدارة أمواله، ومن عضوية المجالس المحلية واللجان العامة. وتهدف هذه العقوبات الى التضيي من دائرة نشاط المحكوم عليه الذى يعبر عن عدم ثقة المجتمع فيه، وهذ، قوبة لا تقبل التجزئة فهى توقع مجتمعة ولا يستطيع القاضى أن يقرر تجزئتها وحرمان المجكوم عليه من بعض الحقوق دون البعض الآخر (١١٩).

ثانيا: العقوبات التكميلية:

لا تقوم هذه العقوبات وحدها وإنما تلحق العقوبة الأصلية إلا أنها لا تنفذ إلا إذا نص عليها صراحة فى الحكم، وهى الغرامة، والمصادرة، والإغلاق، ونشر الحكم.

١ - الغرامة: هى عقوبة نقدية تلزم المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المقدر فى الحكم. إن نظام منع الإتجار بالمواد المخدرة لسنة ١٣٥٣ هـ نص على عقوبة الغرامة فرضت بالجنيه مع العلم أن العملة الرسمية فى البلاد الريال، وهذا ما تلافاه المقنن في تعديله للنظام سنة ١٣٧٤ هـ حيث فرض عقوبة الغرامة بالريال السعودي كعقوبة أصلية وجوبية فى الفقرة (ج) من المادة الأولى،(١٢١) كما نص فى التعديل

الأخير للنظام عام ١٤٠٤ هـ على عقوبة الغرامة كعقوبة أصلية جوازية فى المادة الثانية من النظام الخاص بمروجى المخدرات(١٢٢).

والجديد الذى جاء به هذا التعديل أنه لم يجعل لمبلغ الغرامة المحكوم بها حدا أدنى أو أعلى بحيث لا يجوز للقاضى أن يخرج عن كلا الحدين فى حالة الحكم بالإدانة، وإنما ترك أمر تحديدها للسلطة التقديرية له، بحيث يستطيع أن يفرض الغرامة التى يرى أنها تؤلم المتهم وتحول دون رجوعه إلى إرتكاب فعلته مرة أخرى، وبنفس الوقت تردع غيره من ضعاف النفوس بجعلهم أمام خطر فقد أموالهم.

٢ - المصادرة: يقصد بها نقل ملكية مال أو أكثر إلى الدولة، ولها أن تتصرف فيه على أى وجه تراه.

نصت المادة (٢٩) من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة على المصادرة فى أنه (يحكم فى أحوال المخطر حسب هذا النظام بمصادرة الجواهر المخدرة المضبوطة، وكذلك الأدوات التى تضبط فى المحلات التى ارتكبت فيها جريمة معاقب عليها، إذا كانت هذه الأدوات ذات صلة بالمواد الممنوعة بمقتضى هذا النظام أو تكون قد استعملت فى إرتكابها). كما نصت المادة (١) فقرة (ج) من النظام المعدل لسنة ١٣٧٤ هـ على مصادرة المواد المهربة أيضا.

إن المصادرة هى عقوبة تكميلية وجوبية، أى أن القاضى يلتزم بالحكم بها والنص عليها فى حكم الإدانة ويترتب على ذلك أنه إذا أغفل الحكم النص

عليها فهو حكم معيب، ولا يمكن تنفيذ المصادرة إلا إذا حدث تصحيح لهذا الحكم من الهيئة التى أصدرت الحكم.

ونعنى بالمصادرة هنا مصادرة الجواهر المخدرة، ولا تجوز المصادرة إذا كانت حيازة المادة المخدرة جريمة بالنسبة لمن ضبطت معه فقط، ولكنها مباحة لمالكها أو حائزها الأصلى، فمثلا لا تصادر المادة المخدرة إذا وجدت مع شخص سرقها من صيدلى يحوزها بترخيص إذ فى هذه الحالة يجب ردها إلى حائزها الأصلى(١٢٣).

كذلك تصادر الأدوات التى تستخدم فى حفظ المخدرات أو وزنها أو إنتاجها أو تعاطيها، ووسائل النقل المضبوطة التى إستخدمت فى ارتكاب الجريمة، بأن أعدت فعلا لنقل المخدر أو إخفائه، كأن يكون الجانى قد أخفى المخدر فى أحد أجزاء السيارة، أما إذا كان الجانى قد حمل المخدر فى طيات ملابسه وركب السيارة، فلا تعد والحالة هذه وسيلة نقل للمخدر، هذا ويجب ألا تضر المصادرة بحقوق الغير حسن النية إذا لم يكن فاعلا أو مشتركا فيها كمالك السيارة التى كان سائقها قد أخفى المخدر فيها(١٢٤). إذ يجب أن يكون حق الغير ثابتا على الشئ، وإذا كانت هذه الأشياء المذكورة من التى يعد صنعها أو إستعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة فى ذاته، وجب الحكم بالمصادرة فى جميع الأحوال، ولو لم تكن تلك الأشياء ملكا للمتهم، وهذا تدبير عينى وقائى ينصب على الشئ فى ذاته لإخراجه من تلك الدائرة لأن أسبابها رفع الضرر أو رفع الخطر من بقائها

فى يد من يحرزها أو يحوزها ويحكم بالمصادرة حتى لو إمتنع عقاب المتهم لأى سبب متى ثبت أنها إستخدمت في إرتكاب الجريمة.

٣ - **إغلاق المحل**: نصت المادة (٢٨) من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة لسنة ١٣٥٣هـ على أن (تغلق الصيدلية والمحل المرخص له بالاتجار بالجواهر المخدرة، مدة تقابل بقائه فى الحبس إذا كان الجانى صاحب صيدلية أو محل مرخص له بالاتجار بالجواهر المخدرة ونهائيا فى حالة تكرر وقوع الجريمة وذلك: -

١ - فى حالة صرف جواهر مخدرة بدون تذكرة طبية أو بكمية تزيد عن الكمية المرخص بها فى هذا النظام إذا كان الجانى صاحب صيدلية أو تاجر عقاقير.

٢ - إذا وجدت فى الصيدلية أو فى المحل كميات من المخدرات تزيد أو تنقص عن الكميات الناتجة أو التى تنتج من القيد فى الدفاتر الخصوصية المنصوص عليها فى هذا النظام.

بناء على هذا النص يحكم بإغلاق المحل المرخص له بالاتجار أو الصيدلية فى حالة المخالفة المنصوص عليها مدة تقابل المحكوم بها على المتهم، وفى حالة العود يكون الاغلاق نهائيا، وتعتبر هذه العقوبة تكميلية وجوبية، والنص على إغلاق المحل الذى وقعت فيه الجريمة لم يشترط أن يكون مملوكا لمن تجب معاقبته على الفعل الذى إرتكب فيه، ولا يعترض على ذلك بأن العقاب شخصى، لأن الاغلاق ليس عقوبة مما يجب توقيعها على من إرتكب الجريمة دون غيره، وإنما هو فى حقيقته من التدابير

الوقائيـة التى لا يحول دون توقيعـها أن تكون آثارها متعـدية إلـى الغـير، ولا يجب إختصام المالك فى الدعوى عند الحكم بـالاغلاق متـى كـان الحكم قـد صـدر على أساس أن مرتكب الجريمة فى المحل المحكوم بإغـلاقه إنمـا كـان يباشر عمله فيه بتكليف من صاحبـه. فالغـلق إجراء غير شـخصى ومـن ثـم يتعدى أثره إلى كل من إستغل أمواله فى المحل(١٢٥).

ونرى أنه يجوز لمالك المحل المحكوم بإغـلاقه متى ثبت عـدم مسئوليته عن الجزيمـة أن يطلب من الجهـة الإدارية تمكينه من إستعمـال الرخصـة التى تخول له مزاولة عمله متى إستطاع إثبـات نفـى شبهـة الإهـمال فـى سلوكه، والذى أدى إلى وقوع الجريمـة،

٤ – نشـر الحكم: إن نظام منـع الاتجار بـالمواد المخـدرة السعـودي لـم يشـر إلى عقوبة نشر الحكم فى الصحف المحلية إلا أنه توجد مذكرة رقم ١٩ س ١١٣٧ فى ١٤٠٤/٣/١٧ هـ من وكيل وزارة الداخليـة الـى مدير الأمـن العـام مبنيـة علـى توصيات لجنـة تطوير إدارة مكافحـة المخدرات للقيـام بواجباتها، ومن بينها توصيـة تحت رقم (هـ) تفيد: (أنه من المفيـد فـى مجـال الحد من إنتشار المخدرات نشـر صـور كبار بعـض المهربيـن والمروجيـن ممن صدرت بحقهم أحكام شديدة كالإعـدام أو السـجن المطـول فـى الصحـف تشهيرا بهم ليكونوا عبـرة للآخرين أسوة بالمزورين والمرتشين).

إن ما تضمنته هذه المذكرة يشير إلى تطبيق عقوبة نشـر الحكم كعقـوبة تكميليـة وجوبية تطبق على البعـض ممن يرتكب جناية معـاقبا عليها بالإعـدام

أو الحبس المطول، لما يؤدى ذلك من ردع للمحكوم عليه بالنظر إلى مركـزه فى الهيئـة الاجتماعيـة، نحن نتفق مع الرأى الـذى يعـامل هـذه الفئـة الضالـة بشـده وبكافـة الوسـائل التـى تحقـق غـرض امتنـاع مـن تسـول لهـم أنفسـهم الانخراط فى هذا المجـال، إلا أننا نرى أن نشر الحكم قد يؤدى فى كثير مـن الأحيان إلى التشهير بأسرة المهرب أو المروج ومـا قـد يصيب أفرادهـا مـن أضرار نفسية واجتماعية يصعب معالجتها لهذا نـرى أن يترك تقديـر أمـر نشـر الحكم بالنسبـة للمهـرب والمـروج إلـى السلطـة التقديريـة للقـاضى الـذى يحكم بما يراه محققـا للصالح العـام وتنفيذ ذلك بعـد صدور الحكم نهائيا.

الإعفاء من العقوبة:

لم يورد نظـام منـع الاتجـار بـالمواد المخـدرة ذكـرا لحالـة الاعفـاء مـن العـقوبة، وإنمـا ترك تقـدير هذه المسألة إلى الجهـة المختصـة حسـب ظـروف كل قضيـة على حـدة، إلا أن هنـاك مشروعـا قيد الدراسة لتقرير الاعفـاء مـن العـقوبة، ويشمل هذا المشروع إعفـاء المنغمسين فـى قضايـا المخـدرات مـن العـقوبات إذا بادر المتهم إلى إبـلاغ السلطات العـامة قبل علمها، فإذا حصـل البـلاغ بعـد علـم السلطات بالجريمـة يتعـين للاعفاء مـن العـقوبة أن يوصـل البـلاغ إلى ضبط الجناة. أى أن المتهم يكون فى موقف المبلـغ عن الجريمـة لا موقف المعترف عن الجريمـة إلى أى جهـة معينة فى الدولـة بغض النظر عن البـاعث الذى دفعـه إلى الابـلاغ عن الجريمـة، ومن ثم فإن المتهم يستفيـد من الاعفاء الذى يجوز لسلطـات التحقيـق أن تقرره دون إحـالة الأمـر إلـى المحكمـة المختصـة.

إن هذا الأمر يعد مسلكا محمودا فى حالة إقراره، إذ أن هذا الاعفاء سوف يؤدى إلى تشجيع المساهمين فى هذه الجرائم على كشف أمرها للسلطات، كما أنه يعدم الثقة بين أفراد العصابات. وقد صدر تعميم من وزارة الداخلية رقم ١٩/ س/١٧٤٤ فى ١٣٩٩/٥/١١ هـ بناء على صدور تعميم من وزارة الداخلية رقم ١٩/ س / ٢٩٦٩ فى ١٤٠٠/١٠/١ هـ إلى ضرورة مراعاة الشروط الآتية فى تنفيذ هذا القرار.

أ - تحديد من عناصر الاستثناء

١ - ألا يتجاوز عمر المقبوض عليه عشرين عاما هجريا مع ضرورة التأكد من ذلك بالرجوع إلى شهادة الميلاد أو حفيظة نفوس والده أو جواز سفره أو جواز سفر والده إن لم يكن سعوديا.

٢ - أن يكون طالبا متفرغا للدراسة بجميع مراحلها وضرورة التثبت من ذلك بشهادة الجهة التى يتلقى دراسته لديها.

٣ -ألا يكون مروجا أو مهربا للمخدرات بأنواعها بل مستعملا للحبوب فقط.

٤ - ألا يكون له سوابق فى تهريب أو ترويج أو استعمال الحبوب أو أية سوابق فى جرائم أخلاقية لم تردعه عقوبتها.

٥ - ألا تكون تهمته بإستعمال الحبوب مقترنة بجريمة أخرى أخلاقية تستدعى نظرها من قبل المحاكم والحكم فيها شرعا.

٦ - ألا تكون تهمته بإستعمال الحبوب مقترنة بحادث مروري نتج عنه إصابات أو وفاة تترتب عليها حقوق خاصة أو عامة.

٧ - ألا يكون سائقا برخصة عمومية أى ممتهنا السواقة.

٨ – ألا تكون قد صدرت منه مقاومة لرجال السلطة عند القبض عليه.

فإذا ما توافرت هذه الشروط فى الأحداث فإنهم لا يسألوا جنائيا، وإنما يكتفى بتأديبهم وإصلاحهم ومراقبتهم بإيداعهم مؤسسات الخدمة الإجتماعية، ويلاحظ أن هذا الإعفاء يشمل فقط من يرتكبون جريمة تعاطى المخدرات. أما بالنسبة للمروج والمهرب فلا يسرى هذا الاعفاء عليهما.

وبناء على هذا الاستثناء فإن الحكمة تقتضى عدم تسجيل قضية . إستعمال المخدرات الأولى فى الأدلة الجنائية والاكفتاء بتسجيلها عليهم بموجب إدارة مكافحة المخدرات للرجوع إليها عند القبض على أى منهم مرة أخرى، وفى هذه الحالة تعتبر سابقة يحرم بموجبها من الاستفادة من هذا الاستثناء مرة أخرى(١٢٦).

المكافـأة:

نصت المادة (٢٢) من نظام الاتجار بالمواد المخدرة على (أن تصرف للأشخاص الذين يضبطون جواهر مخدرة مهربة أو يسهلون ضبطها مكافأة من جنيه إلى ثلاثين جنيها على أن تعطى هذه المبالغ التى تتحملها إدارة الصحة من الجزاءات النقدية فى مثل هذه الأحوال).

إن تقرير المكافأة أمر محمود فى سبيل الكشف عن جرائم المخدرات ومرتكبيها، وحافز لرجال مكافحة المخدرات والذين يتعاونون معهم على بذلك الجهود فى سبيل القضاء على هذه الظاهرة الإجرامية، إلا أنه يؤخذ على هذا النص:–

١ – أنه فرض المكافأة بالجنيه مع أن العملة الوطنية هى الريال.

٢ – أن قيمة هذه المكافأة تافهة بالنسبة للمكاسب التى يحصل عليها التجار والأشخاص الذين يتعاملون بالمواد المخدرة مما لا يشجع مثل هؤلاء الأشخاص فى إرشاد بعضهم عن البعض الاخر ولا فى إرشاد الغير عن نشاطاتهم.

ثم صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٧٠ الصادر فى ١٤٠٠/٩/٢٣ هـ فتدارك هذا النقص وذلك بتخويل وزير الداخلية صلاحية منح المكافأة لمن يرشد عن المخدرات أو عن زراعة نباتاتها إذا تم ضبطها نتيجة لإرشاده، وكذلك لمن يبذل مجهودا متميزا فى ضبطها. إلا أن هذا القرار لم يحدد مقدار المكافأة الممنوحة، مما يعنى أن القرار ترك لوزير الداخلية سلطة تقدير مقدار هذه المكافأة حسبما يراه.

التدابير الاحترازية فى جرائم المخدرات:

إن مرتكبى جرائم المخدرات يمثلون بفعلهم خطورة على المجتمع، الأمر الذى يستوجب حماية المجتمع منهم بفرض بعض التدابير الاحترازية عليهم، كإعادة الأجنبى إذا كان مرتكبا لاحدى هذه الجرائم إلى موطنه تطبيقا لنص الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة المعدل لسنة ١٣٧٤ هـ والتي نصت على (بعد تطبيق أحكام الفقرتين (١، ٢) عليه يجازى أيضا بإبعاده عن البلاد إن كان أجنبيا).

ومنع الوطنى من السفر إلى الخارج ووضعه تحت المراقبة كما نصت الفقرة (د) من المادة الأولى من نفس النظام المعدل. كذلك فرضت على مرتكبى هذه الجرائم الحرمان من ممارسة المهنة والتى تعادل مدتها عقوبة الحبس المحكوم بها عليه، حيث نصت المادة (٢٧) من النظام على أنه (علاوة على العقوبات المنصوص عليها فى هذا النظام يحكم على الجانى بمنع تعاطى مهنته أو صناعته أو تجارته تعادل مدة عقوبة الحبس المحكوم بها عليه).

الخـاتمـة

يتضح لنا من هذا البحث الموجز، أن الشريعة الاسلامية كان لهـا فضل السبق فى تحريم المواد المخدرة، وبيان ضررها على العباد، ذلك أن الشارع الاسلامى راعى فى جميع التكاليف الشرعية رعاية الضرورات الخمس وهى حفظ النفس والدين والعقل والنسل والمال، وبجانب هذه الضرورات تقوم التحسينات لتتم بها مكارم الأخلاق. ومن ثم لا يجوز إتيان ما يمسها من أفعال وأبرزها تعاطى المخدرات لما تخلفه من مضار لهذه المصالح الاساسية وهذا التحريم يسرى على الفاعل وعلى كل من يشترك معه فى إتيان تلك الأفعال، ومن هنا كان تجريم كل ما يتصل بالمخدرات من تعاطى وتسهيل كالزراعة والجلب والترويج والتقديم للتعاطى، ولما كانت الشريعة الاسلامية هى الأساس الذى قام عليه النظام العقابى السعودى، فقد بينا الأسس التى إستند عليها فى تجريم المخدرات من القرآن والسنة والإجماع، ثم تعرضنا بعد ذلك لأركان جرائم المخدرات التى تتحقق بتوافر الركن المادى الذى يتكون من عنصرين الأول المخدر والثانى السلوك الانسانى. والركن المعنوى، وهو القصد الجنائى الذى يكفى فيه بالنسبة لهذه الجرائم القصد العام ما لم يشترط النظام القصد الخاص فى بعضها. ثم بينا العقوبة المفروضة على إرتكاب جرائم المخدرات فى الشريعة الاسلامية، إذ اتضح لنا بأن الشريعة إعتبرت جرائم المخدرات من الجرائم التعزيرية التى يحق لولى الأمر أن يفرض العقوبة المناسبة لها حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، إلا أنهم إختلفوا بالنسبة لعقوبة المتعاطى، إذ فرض عليه البعض عقوبة حد السكر، والبعض الآخر أخضعه لعقوبة تعزيرية يترك تقديرها

لولى الأمر، وهذا هو الراجح، ثم بعد ذلك وضحنا العقوبات التى فرضت على إرتكاب جرائم المخدرات فى نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي، وبالرغم من أن هذا النظام حاول بموجب التعديلات التى طرأت عليه نتيجة لتطور المجتمع ولتفاقم مشكلة المخدرات. عما كانت عليه سابقا أن يجرم مختلف الأفعال التى تتعلق بهذه الجرائم، إلا أننا نرى أن فيه بعض الثغرات التى يمكن للمقنن أن يتلافاها عند النظر فى تعديل النظام مستقبلا كى يسد كل ثغرة قد ينفذ منها من يتعامل بهذه المواد المضرة للمجتمع ونرى:

١ - أنه يجب النص على تجريم فعل:

أ - كل من أنتج أو استخرج أو صنع جوهرا مخدرا وكان ذلك بقصد الاتجار.

ب - كل من زرع نباتا من النباتات المخدرة، أو صدر أو جلب أو حاز أو إشترى أو باع أو نقل نباتا من هذه النبات فى أى طور من أطوار نموها هى وبذورها وكان ذلك بقصد الاتجار.

٢ - أن تكون الغرامة المفروضة فى كل حالة منصوص عليها محددة بحد أدنى وأقصى، مع الزيادة فى قيمتها وأن تكون مفروضة بالعملة الرسمية للمملكة العربية السعودية.

٣ - الحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الجواهر المخدرة والنباتات المضبوطة وإعدامها، وكذلك مصادرة الأدوات ووسائل النقل المضبوطة التى إستخدمت فى إرتكاب الجريمة.

٤ - النص على مصادرة الأرباح الناجمة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات.

٥ - تشديد العقوبة على من يحاول إستخدام الأحداث فى الاتجار أو الوساطة أو ترويج المخدرات.

٦ - تشديد العقوبة على من يحاول ترويج المخدرات فى المدارس والجامعات والنوادى والحدائق العامة التى يرتادها الشباب والأطفال.

٧ - تشديد العقوبة فى حالة العود خاصة إذا كان الجانى من الموظفين أو المستخدمين المنوط بهم مكافحة المواد المخدرة أو الرقابة على تداولها أو حيازتها.

٨ - لاتقام الدعوى الجنائية على من يتقدم من متعاطى المخدرات من تلقاء نفسه للمصحة والعلاج.

٩ - يعفى من العقوبات كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات العامة عن الجريمة قبل علمها بها فإذا حصل الإبلاغ بعد علم السلطات العامة بالجريمة تعين أن يوصل الإبلاغ فعلا إلى ضبط باقى الجناة.

١٠ - النص على إتخاذ واحد أو أكثر من التدابير الملائمة للحالة المحكوم بها فى إحدى جرائم المخدرات وهى:

١ - الإيداع فى إحدى مؤسسات العمل.

٢ - تحديد الاقامة فى جهة معينة.

٣ - منع الإقامة فى جهة معينة.

٤ - الإعادة إلى الموطن الأصلى.

٥ - الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة.

٦ - حظر التردد على أماكن أو محال معينة.

١١ - الأمر بإيداع من ثبت إدمانه على تعاطى المخدرات المصحة للعلاج وجوبيا للمحكمة وتحت إشرافها بدون تحديد للمدة وذلك بناء على تقرير طبى يثبت توافر حالة الإدمان.

١٢ - تحديد مكافأة مقطوعة أو دائمة للمشاركين فى عمليات الكشف عن المروجين والمهربين بحيث يحصل الشخص على المكافأة المناسبة للحالة التى تم القبض عليها والمخاطر التى قد يتعرض لها هذا الشخص وحماية الدولة له من إنتقام المهربين.

وهناك ملاحظة عامة نرجو أن تلاقى القبول من قبل من يهمه الأمر، وتتعلق بخصوص نشر الأحكام الصادرة بجرائم المخدرات بأنواعها المختلفة .. وإذا كان هناك من نبل الأسباب التى تمنع نشر الأحكام، فإن هذا لا يمنع من وجود مكتب فني يلحق بالمحكمة العليا تكون مهمته نشر المبادئ العامة التى إستندت عليها الأحكام الصادرة دون المساس بسمعة أطراف الدعوى وذلك خدمة للدارسين والباحثين و المشتغلين فى مجال تطبيق الأنظمة.

والله الموفق،،

الهوامش

١ – د. محمد عبد الجواد محمد، التطور التشريعي فى المملكة العربية السعودية ط ١٩٧٧ ص ١٧ الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية.

٢ – رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، نظرة الشريعة الاسلامية إلى المخدرات. بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس للمخدات، الرياض الجزء الأول ١٩٧٤ ص ٢٠٤.

٣ – الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى ص ٦٦ طبعة ١٩٧٤ الناشر دار الفكر العربى.

٤ – د. عبد الخالق النواوى، التشريع الجنائى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ص ٣٢٤ الناشر دار الثقافة بيروت ط ١٩٧٤.

٥ – الامام محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص ١٠٧.

٦ – د. عبد الفتاح خضر، التعزير والاتجاهات الجنائية المعاصرة ط ١٣٩٩ هـ ص ٩.

٧ – السرخسى شمس الدين، المبسوط ج ٩، ص ٣٦ الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، بن القيم، اعلام الموقعين، ج ٢، ص ٢٢١، ١٩٥٥ م القاهرة.

د. عبد الفتاح خضر، بحث سياسة التجريم التعزيرى بالمملكة العربية السعودية، المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد العاشر ١٤١١ هـ ص ٧٥ – ٧٧.

٨ – د. عبد العزيز عامر، التعزيز فى الشريعة الاسلامية، رسالة، ١٩٦٩ ص ٦٦ – ٦٧ الناشر مكتبة مصطفى الحلبى مصر.

٩ – عبد القادر عودة، التشريع الجنائى، ج ١ ص ٦٨٥ الطبعة الخامسة ١٩٦٨.

١٠ – ابن قيم الجوزيه، الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، ص ١٠٧ – ١٠٨ طبعة ١٣١٨ هـ.

١١ – عبد القادر عوده، المرجع السابق ص ١٤٧.

١٢ – ابن القيم المرجع السابق ج ٢ ص ٦٨، السيد سابق، فقه السنه، المجلد الثانى ص ٤٩٩، الناشر مكتبة المجلد العربى القاهرة ط ١٣٦٥ هـ.

١٣ – ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٣ ص ١٨٤ – ١٨٥ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة مصطفى الحلبى.

١٤ – السرخسى، المبسوط ج ٢٤، ص ٣٥.

١٥ – د. عبد الرحيم صدقى، الجريمة والعقوبة فى الشريعة الاسلامية ط ١٩٨٧ ص ٢١٤ الناشر مكتبة النهضة المصرية.

١٦ – د. شريف فوزى محمد فوزى، التشريع الجنائى الاسلامى ص ١٨٧ الناشر مكتبة الخدمات الحديثة جدة.

١٧ – سورة المائدة الايتان : ٩٠ – ٩١.

١٨ – د. محمد سليم العوا، جريمة شرب الخمر وعقوبتها فى الشريعة الاسلامية ص ١٥٧.

١٩ – سورة الأعراف الآية ١٥٧.

٢٠ – ابن حجر الهيثمى، الزواجر عن اقتران الكبائر ج ٧ ص ٦٣٦ الطبعة الأولى الناشر دار الكتب العربية.

٢١ – سنن ابى داوود ج ٢ ص ٢٩٣ – ٢٩٤ الناشر مطبعة عيسى الحلبى مصر.

٢٢ - ابن حزم، المحلى ج ٧ ص ٤٧٤ طبعة ١٣٥٢ هـ بيروت.
٢٣ - ابن حجر، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٢٢٣.
٢٤ - عبد القادر شيبه الحمد، بحث، أثر المخدرات فى تدهور الشعوب، المؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات الرياض ١٩٧٤ ج ٣ ص ٦٢. الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.
٢٥ - د. عبد العال عطوة، موقف الشريعة الاسلامية من المخدرات، بحث مقدم للمؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات الرياض ١٩٧٤، ج ٣، ص ٤٦، الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.
٢٦ - أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٣٤، ص ٢٠٤ طبعة أولى ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة الحكومة السعودية مكة.
٢٧ - ابن قدامه، المغنى، ج ٨ ص ٢٥٤ طبعة ١٣٤٨ هـ، مطبعة المنار القاهرة.
٢٨ - كمال الدين بن الهمام، فتح القدير ج ٣ ص ٤١.
٢٩ - الترتلى، شرح الجوهرة على متن القدورى ج ٢ ص ٢٧٠.
٣٠ - ابن حجر المكى الهيثمى، الزواجر، ص ٢٨٠.
٣١ - الصديق محمد الأمين الضرير، موقف الشريعة الاسلامية من المخدرات، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات، الرياض ١٩٧٤ ص ٨٩. الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.
٣٢ - ابن تيميه، مجموع الفتاوى ج ٢٤ ص ٢٧٥.
٣٣ - ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المحتار ج ٧ ص ٤٠٨ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة مصطفى الحلبى مصر.

٣٤ - سورة الأنعام الآية ١١٩.

٣٥ - الشيخ جاد الحق على جاد الحق، الفتاوى، ج ١٠ مسألة ١٣٠٧ ص ٣٥٨١.

٣٦ - د. محمود نجيب حسنى، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص ٢٧٨.

٣٧ - الفيروزبادى مجد الدين محمد ابن يعقوب، القاموس المحيط، ج٢ ص ١٠ الناشر دار الجيل المؤسسة العربية للطباعة والنشر بيروت.

٣٨ - عزت حسنين، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ١٨٧.

٣٩ - د. عادل الدمرداش، الادمان مظاهره وعلاجه ١٩٨٢ ص ١٠ يدخل رجال القانون فى لفظ المخدرات موادمنبهه على نقيض المخدر من ناحية، ومن ناحية المفعول الاقرباذينى، لذا فإن التعبير الشائع لدى رجال الأمن والقانون ينبغى أن يحدد بتعبير سوء إستخدام العقاقير حتى يشتمل القوائم الطويلة التى تندرج تحت اسم المخدرات، أنظر محمد على البار، المخدرات الخطر الداهم، طبعة أولى ١٩٨٨ دار العلوم بيروت ص ٣٥.

٤٠ - يمكن اجمال نص المادة الثالثة فى أحكام هذا النظام من المواد المخدرة بما يأتى:

أ - الأفيون الخام، ب - الأفيون الطبى ج - الأفيون المستحضر

د - المورفين والكودتين والديونين والهروتين وأشياء القلويات الأخرى للأفيون وجميع أملاح هذه الجواهر ومشتقاتها.

هـ - كل المستحضرات الرسمية التى تباع فى الصيدليات وغير الرسمية المحتوية على (٢) فى الألف من المورفين، (١) فى الألف من الهروتين وعلى (٨) فى الألف من الكودنين وأى نسبة تزيد على ذلك، والكوكا (أوراقها وثمارها ومسحوقها وكافة أنواعها المختلفة)، والكوكاتين الخام. ز - الكوكاتين وأملاحه، والنوكاتين ومشتقاتهما وكل المستحضرات والمركبات المشتملة على (١) فى الألف من الكوكاتين ح - الايكونين، ط - القنب الهندى.

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه يشترط لصحة الحكم بالادانة فى جريمة إحراز مادة مخدرة أو حيازتها أن تكون المادة المضبوطة من عداد المواد المخدرة المبينة حصرا فى الجدول الملحق بالنظام - أنظر نقض فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٣١ رقم ١١٣ ص ٤٧٠.

نقض فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٧٢١ سنة ٥٠ قضائية مشار إليه فى جرائم المخدرات، معوض عبد التواب ط ١٩٨٦ ص ٢٣٣.

٤١ - د. عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات والتهريب الجمركى والنقدى طبعة ١٩٦٦ بند ٩.

٤٢ - صدر تعميم من وزارة الصحة برقم ٢٧/٢٥٨١/١٩٦ فى ١٠/٨/١٣٩٤ هـ بإعادة تنسيق تنظيم الأدوية النفسية متضمنا أربعة جداول ومواد عامة.

٤٣ – قانون العقوبات الليبى لسنة ١٩٥٣ م نص المادتين ٣١١، ٣١٢ على المواد المخدرة دون أن يضع جدول لهذه المواد ثم عدل بنظام رقم ٤٤ لسنة ١٩٥٦ م حيث سلك سبيل حصر المواد المخدرة وهو نفس نهج التعديل الأخير للنظام الجديد رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م.

٤٤ – نقض فى ١ ديسمبر ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض المصرية رقم ١١٧٩ س ٤٥ ص ٨١٥.

٤٥ – نقض فى ٢٠ ديسمبر ١٩٨٣ طعن رقم ٢٣١٩ لسنة ٥٣ ق مشار إليه فى مؤلف جرائم المخدرات، معوض عبد التواب ص ١٧١.

٤٦ – نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣) على أنه (لا يجوز للصيادلة صرف تذاكر طبية مرصوف بها كوكاتين لاستعماله كقطرة أو لاستعماله من الظاهر إن زادت كمية الكوكاتين أو اليوكاتين عن ٥٠ سنتغراما فى المحلول كله، وإذا زادت نسبة إحدى هاتين عن ٥٪، أما الفقرة الثالثة فقد نصت على أنه لا يجوز إعادة تحضير التذاكر الطبية المحتوية على جواهر مخدرة إلا بموجب تذكرة طبية جديدة والتذاكر الطبية المحتوية على كودتين يجوز إعادتها بشرط ألا تتجاوز نسبة الكودتين المبينة فى المادة (٣) من هذا النظام، وعلى أن لا يتجاوز كمية خمسين سنتغراما. أما بالنسبة للكودتين ١٢ سنتغراما بالنسبة للجواهر الأخرى إلا بموجب تذكرة طبية، ونصت المادة (١٩) (أما أطباء الأسنان فلا يمكن أن يصرف لهم بمقتضى هذه الرخصة إلا المواد الآتية: أمبول كوكاتين ٢٪ على الأكثر ادرنالين نقود كاثيين ٥٪ على الأكثر وأقراص هذه الجواهر المحتوية على واحد أو اثنين سنتغرام من الكوكاتين أو (٥) سنتغرامات من النوكاتين على الأكثر،

ومحاليل هذه الجواهر المحتوية على جواهر فعاله بشرط ألا تزيد نسبة الكوكاتين على ٢٪ ونسبة النوكاتين على ٥٪ ومسحوق المورفين والكوكاتين.

٤٧ – د. هلال فرغلى هلال، جرائم المخدرات فى الشريعة الاسلامية، بحث منشور فى المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد الثالث والرابع، الرياض ١٤٠٧ هـ ص ٤٩.

٤٨ – د. إدوارد غالى الذهبى، جرائم المخدرات، الطبعة الثانية ١٩٨٨ ص ٣٥ الناشر مكتبة غريب القاهرة.

٤٩ – د. محمد فتحى عيد، جريمة تعاطى المخدرات فى القانون المقارن طبعة ١٤٠٨ هـ الجزء الثانى ص ٣٦.

٥٠ – نص نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودي فى المادة الخامسة منه على هذه الجريمة بالقول (ومحظور على أى شخص يجلب أو يصدر أو يستحضر أو يملك أو يحوز أو يشترى أو يتناول أو يتنازل عن الجواهر المخدرة المذكورة فى المادة (٣) من هذا النظام بأية صفة كانت، أو يتداخل بصفته وسيطا فى تجارة المواد المذكورة أو إحرازها أو بيعها أو شرائها أو المبادلة عليها أو التنازل عنها إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى هذا النظام، أو الشروط المبينة فيه. كما نصت المادة السادسة: (محظور على أى شخص أن يجلب من الخارج إلى المملكة العربية السعودية أى جوهر مخدر إلا بترخيص من مصلحة الصحة العامة يجرى إبرازه إلى حكومة البلاد المصدرة من قبل الشخص المستورد عن كل إستيراد – ولا يعطى هذا الترخيص

إلا وفق ضوابط للأشخاص المذكورين فيما يلى وبموجب المادة (٧):

–

١ – للمرخصين من أصحاب الصيدليات والمحلات المعدة لصنع المستحضرات الاقربازينية.

٢ – تجار الأدوية المرخص لهم ببيع الأدوية بالجملة.

٣ – مصالح الحكومة الصحية.

٤ – المستشفيات والمستوصفات المأذون بوجودها فى المملكة. ويجب على الطالب أن يبين فى طلبه كمية ونوع الجواهر المخدرة التى يريد جلبها من الخارج وأسباب الجلب وجميع البيانات الأخرى التى يمكن أن تطلبها منه مصلحة الصحة العامة – ولمصلحة الصحة الحق أن ترفض الترخيص، وفى أن تخفض الكمية المطلوب استيرادها (على أن يكون الرفض والتخفيض على مقتضى الاستهلاك بموجب الحاجة وهذا النظام).

– يجب أن يذكر فى الرخصة المدة التى يجب أن يتم فيها الاستيراد ورقم الرخصة والتاريخ واسم المرسل واسم المستورد والعنوان مفصلا، وكمية المخدر ونوعه ويسمح بأن يكون الاستيراد أكثر من ارسالية، واحدة وفى صنف واحد أو أكثر من الجواهر المخدرة .... كما نصت المادة السابعة على شروط رخصة التصدير حيث جاء فيها: أن من المواد المخدرة التى ترد إلى البلاد ويراد إخراجها لا يمكن تصديرها إلا بالشروط الآتية: –

١ - أن يكون التصدير بمقتضى رخصة من الصحة، وأن يكون طلب التصدير من الأشخاص المرخص لهم بالاتجار بالمواد المخدرة. وقد عدلت هذه المادة بالأمر الملكى رقم ٣١/١٠/٨٤ فى ١٣٥٥/١٠/٢٥ ومحظور على أى شخص أن يجلب من الخارج الى المملكة العربية السعودية أى جوهر مخدر إلا بترخيص خاص من مصلحة الصحة العامة يجرى إبرازه إلى حكومة البلاد المصدرة من قبل الشخص المستورد عن كل استيراد.

٢ - لا يجوز تصدير أى جزء من الأجزاء المذكورة فى المادة ٣ من هذا النظام ما لم يستحصل قبل ذلك على رخصة تصدير منها من مصلحة الصحة العامة، ويجب أن يذكر فى هذه الرخصة نوع الجواهر المخدرة والمقدار الذى يراد تصديره منها واسم المرسل وعنوانه واسم المستورد وعنوانه.

٣ - تطلب مصلحة الصحة العامة من الشخص أو المحل المرسل وقبل إعطائها رخصة التصدير، إبراز رخصة الاستيراد المعطاة من حكومة البلاد المستوردة مبينا فيها موافقتها على ذلك الاستيراد.

٤ - تعين فى رخصة التصدير المدة التى يجب أن يتم فيها التصدير ويذكر رقم وتاريخ شهادة الاستيراد والسلطة التى منحتها.

كما نصت المادة (١١) من نفس النظام على عدم جلب أو تصدير المواد المخدرة بطريق البريد بالقول (لا يجوز جلب أو تصدير المواد المخدرة أو نقلها بطريق البريد ضمن طرود محتوية على

مواد أخرى ويجب أن يكون إرسالها ولو على هيئة نموذج (عينة) داخل طرود مؤمن عليها، وأن يبين عليها نوع وكمية ونسبة الجواهر فى المواد المذكورة ويكون تسليمها بموجب تصريح يعطى من مصلحة الصحة العامة بعد تسجيلها على الأصول).

٥١ – د. إدوارد غالى المرجع السابق ص ٤٨، د. عبد الحميد الشواربى، جرائم المخدرات ١٩٨٧ ص ٢٠، أنظر نقض مصرى فى ١٩٧٦/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٢٠ س ٤٥ ص ٣٥٨. نقض مصرى فى ١٩٧٧/٥/٨ مجموعة أحكام النقض رقم ١١٥٩ س ٤٦ ص ٥٥٦.

٥٢ – د. إدوارد غالى المرجع السابق ص ٥٠.

٥٣ – معوض عبد التواب، جرائم المخدرات، الطبعة الرابعة ١٩٨٦ ص ٦٦ الناشر دار المعارف بالاسكندرية.

٥٤ – د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلى الطبعة الخامسة ١٩٧٩ ص ٣٥.

٥٥ – حسن البغال وفؤاد على، قانون المخدرات العربى ص ١٩٦ طبعة ١٩٦١ القاهرة.

٥٦ – نقض مصرى فى ٧ فبراير ١٩٧٦ رقم ٥١١ لسنة ٤٦ ق س ٢٧ ص ٧٥٧ مج فنى، نقض مصرى فى ١٢ ديسمبر ١٩٧٦ رقم ٨٠٨ سنة ٤٦ ق س ٢٧ ص ٩٢٩ مج فنى.

٥٧ – انظر نقض مصرى فى ١٩٨٢/١/١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٩٠٩ لسنة ٥٤ ق، نقض فى ١٩٨٤/١٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض

رقم ٦٥٣ لسنة ٥٤ ق مشار لهذه الأحكام في جرائم المخدرات، د. عبد الحميد الشواربي ١٩٨٧ ص ٧٥ الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية.

٥٨ - نقض مصري في ١٩٧٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠١١ س ٥٤ ص ٨٣٢، أنظر كذلك حسن البغال وفؤاد علي المرجع السابق ص ١٩٦.

٥٩ - عصام أحمد محمد، جرائم المخدرات فقها وقضاء، الجزء الأول ١٩٨٧ ص ٨٠ - ٨١.

٦٠ - د. إدوارد غالي، المرجع السابق بند ١٩، ص ٥٦.

٦١ - نص النظام الخاص بمنع الاتجار بالمواد المخدرة السعودة في المادة الرابعة منه: (١ - يحظر صنع أي مادة من المواد المذكورة في المادة (٣) من هذا النظام إلا على المحلات المرخص لها بذلك من قبل مصلحة الصحة العامة في الحجاز

٢ - يجب على من يرغب في الاشتغال بصنع هذه المواد أن يستحصل على رخصة من مصلحة الصحة العامة، وأن يقيد في دفتر خاص المقادير التي يصنعها على أن يكون أعطاء الرخصة مشترطا فيها إستهلاك هذه المواد وما ماثلها في الطبابة فقط.

٣ - لمدير الصحة العامة الحق في إصدار تعليمات فنية في كيفية الاستحضار.

٦٢ - د. إدوارد غالي المرجع السابق، ص ٦١.

٦٣ د. محمد فتحي عيد، المرجع السابق ص ٥٨ - ٥٩.

٦٤ – ورد فى القرار ١ – حظر زراعة الجنزفورى أو تداوله للأخطار التى تنجم عن تداوله على المجتمع، ويعلن عن ذلك فى الصحف المحلية.

٢ – تطبق المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٣٧٤ هـ الخاص بعقوبة المخدرات و الخاصة بالمهربين على كل شخص يثبت شرعا زراعته لمادة الجنزفورى وتطبق بقية الموا د الأخرى من القرار على الحالات الأخرى من حيازة وإتجار ووساطة وإستعمال مادة الجنزفورى.

٦٥ – نقض مصرى فى ١٩٤٥/٤/٢ مجموعة الربع قرن ج ٢ رقم ٦٩ ص ١٠٥٢.

٦٦ – نقض مصرى فى ١٩٥٤/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٢٣٨ ص ٧٢٠.

٦٧ – د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص الطبعة السابعة ١٩٧٥ بند ٦٢٥.

٦٨ – نصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة والعشرون بأن (كل صيدلى، وكذلك كل شخص مرخص له بالاتجار بالجواهر المخدرة أو بحيازتها لا يقيد الجواهر المخدرة ولا يمسك الدفاتر المذكورة مع مراعاة الفروقات المسموح بها فى المادة (٢٨) من هذا النظام) ونصت الفقرة (الرابعة) من نفس المادة بالقول (كل شخص مرخص له بحيازة الجواهر لاستعمالها فى غرض أو أغراض معينة لا يتصرف فيها بأى صفة كانت فى غير تلك الأغراض)، ونصت الفقرة (الخامسة) من نفس المادة على أنه (إذا حاز جواهر مخدرة ولم يكن بيده رخصة

خاصة أو تذكرة طبية بموجب أى نص من نصوص هذا النظام يعاقب بالحبس من خمسة شهور إلى سنتين أو غرامة مالية).

٦٩ – د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء التاسع ص ٨٢ ط ١٩٥٨ الناشر دار إحياء التراث العربى ببيروت.

٧٠ – نقض مصرى فى ١٩٨٢/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٦٨ س ٣٣ ص ٢٦٢، نقض مدنى فى ١٩٨١/٣/١٩ مجموعة أحكام النقض رقم ٢١٥٤ لسنة ٥٠ ق، نقض فى ١٩٨٤/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض رقم ٦٣٩٨ لسنة ٥٣ ق منشور فى مؤلف معوض عبد التواب المرجع السابق ص ٦٤.

٧١ – د. محمد فتحى عيد المرجع السابق ج ٢ ص ٤٥.

٧٢ – نقض مصرى فى ١٩٥٥/٤/١١ مجموعة القواعد رقم ٨٦ س ٢٥ ص ١٠٤٦.

٧٣ – المستشار أحمد محمود خليل، جرائم المخدرات ص ٤٣ طبعة ١٩٨٤ الناشر دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.

٧٤ – د. محمود محمود مصطفى القسم الخاص بندج ٦٢٢، انظر نقض مصرى فى ١٩٥٥/١/١١ مجموعة الربع قرن ج ٢ رقم ٩٣ ص ١٠٥٦.

٧٥ – نقض مصرى فى ١٩٨٤/١٠/٨ مجموعة أحكام النقض س ٣٥ رقم ٩٥ ص ٦٤٠.

٧٦ – د. حسن صادق المرصفاوى، المخدرات فى التشريعات العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس للمخدرات، الرياض ١٩٧٤ ج ١

ص ٢٧٤، أنظر نقض ١٩٨٢/٥/١١ رقم ٢٧٥٢، س ٥١ ق منشور في مؤلف معوض عبد التواب المرجع السابق ص ١٨٥.

٧٧ – نقض مصرى فى ١٩٦١/٤/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ١٢ رقم ٩١ ص ٤٩٥.

٧٨ – حيث نصت (يعاقب كل شخص إذا باع جواهر مخدرة أو تنازل عنها أو صرفها بأية صفة كانت أو قدمها للتعاطى أو سهل تعاطيها مجانا أو بمقابل).

٧٩ – نقض مصرى فى ١٩٧٦/٦/٣ مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ١٦٣ ص ٥٩٣.

٨٠ – د. إدوار غالى، المرجع السابق ص ٨٨.

٨١ – د. عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات والتهريب الجمركي والنقدى طبعة أولى ١٩٦٦ الاسكندرية بند ٣٣.

٨٢ – نقض مصرى فى ١٩٨٣/١/٢٥ رقم ٥٢٠٥ لسنة ٥٢ ق مشار إليه فى مؤلف عبد الحميد الشواربى المرجع السابق ص ١٠٥.

٨٣ – نقض مصرى فى ١٩٧٦/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩٠٨ س ٤٥ ق س ٢٧، ص ٣١٢، نقض مصرى فى ١٩٨١/١/٧ رقم ١٦٢٢ س ٥٠ ق منشور فى مؤلف معوض عبد التواب المرجع السابق ص ٤٠٨، نقض مصرى فى ١٩٨٢/١/١١ رقم ٢٧٥٢ س ٥١ ق منشور فى مؤلف عصام أحمد محمد المرجع السابق ص ٩٨.

٨٤ – نصت على أن (كل شخص يحوز أو يحرز أو يشترى بقصد التعاطى أو الاستعمال الشخصى جواهر مخدرة ما لم يثبت أنه يحوز هذه الجواهر بموجب رخصة أو تذكرة طبية أو بموجب أى نص من

نصوص هذا النظـام أو إنها مصروفة إليه بمعرفـة طبيب معـالج ....
حل محل هذه المـادة الفقرتـان (أ، ب) من المـادة الرابعـة من قـرار
مجلس الوزراء رقم ١١ بتاريخ ١٣٧٤/٢/١ هـ.

٨٥ – د. حسن صادق المرصفاوى، المرجع السابق ص ٢٧٥.

٨٦ – نصت هذه المادة على أن (كل شخص مرخص لـه بحيازة الجواهر المخدرة لاستعمالها فى غرض أو أغراض معينـه لا يتصـرف فيها بأية صفة كانت فى غير تلك الأغراض).

٨٧ – د. إدوار غـالى، المرجع السابق، بند ٤٧ ص ٩٩.

٨٨ – نصت هذه المادة بأنه (لا يسمح بمرور أية إرسالية إلى المملكة العربية السعودية لأى من المواد المخـدرة المذكورة فـى المـادة (٣) من هذا النظام، مرسلة من قطر لآخـر بطريقـة الترانزيت بـرا أو بحـرا سواء نقلت بالسفينـة أوبوسائط النقل الأخرى ما لم تبرز لمصلحة الصحة العامة صورة رخصة التصدير التى تصحب الارسالية).

٨٩ – د. محمودنجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم العام بند ٤٢ ص ٥١٨.

٩٠ – د. عوض محمد المرجع السابق بند ٤٢.

٩١ – نقض مصرىفى ١٩٧٣/٢/٢٥ مجموعـة أحكـام النقض س ٢٤ رقـم ٥٦ ص ٢٢٣.

٩٢ – د. مأمون سلامـة، شرح قانون العقوبـات، القسم العـام طبعـة ١٩٧٩ ص ٣٠٨ الناشر دار الفكر العربى.

٩٣ – نقض مصـرى فى ١٩٨٨/٢/٢٤ مجموعـة أحكـام النقض رقـم ٣١٧٢ لسنـة ٥٧ ق ص ٢١.

٩٤ - د. محمود نجيب حسنى - النظرية العامة للقصد الجنائى - ١٩٧٥ ص ٢٠٧.

٩٥ - بالنسبة للصبى الذى بلغ سن السابعة ولم يبلغ سن الرشد بعد، فقد صدر بشأنه الأمر السامىر قم ٣٧٠٨ فى ١٣٩٩/٤/١٣ هـ الذى يقضى بتخويل وزير الداخلية إستثناء الشباب من العقوبة الواردة بقرار مجلس الوزراء الخاص بعقوبة المخدرات والاكتفاء بتأديبهم التأديب المناسب ومراقبتهم بعد ذلك للتأكد من صلاحهم وأخذ التعهد على أولياء أمورهم بحسن تربيتهم وعدم إهمالهم.

٩٦ - سورة البقرة الآية ١٧٣.

٩٧ - سورة الأنعام الآية ١٩ .

٩٨ - سورة المائدة الآية ٣.

٩٩ - نقض مصرى فى ١٩٧٩/٢/١٣ مجموعة القواعد رقم ١٧٧١ س ٣٨.

١٠٠ - د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات القسم العام بند ٦٩٣ ص ٦٥٥.

١٠١ - عصام أحمد محمد، المرجع اسابق ص ١١٨.

١٠٢ - ابن تيمية، الفتاوى، ج ٢٣ ص ٣٥٧.

١٠٣ - ابن حجر الهيثمى، الزواجر عن إقتراف الكبائر ج ٢ ص ١٣٨.

١٠٤ - الإمام الترتلي، شرح الجوهرة على متن القدورى الجزء الثانى ص ٢٧٠.

١٠٥ - القرافى، الفروق ج ١ ص ٢١٧ - ٢١٨.

١٠٦ - الخطيب الشربينى، كتاب النووى ج ٤ ص ١٨٧، مطبعة الحلبى.

١٠٧ - د. محمد الأمين الضرير، المرجع السابق، ص ٩٥.

١٠٨ - عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٥٨٢.

١٠٩ - د. عبد العال عطوة، المرجع السابق، ص ٥٠ - ٥١، انظر الشيخ مناع خليل القطان، محاضرة فى موقف الدين من المخدرات ط ١٤٠٧ هـ ص ٧٨، الناشر الرئاسة العامة لرعاية الشباب والرياضة.

١١٠ - المستشار عبد الفتاح مراد، أحكام المخدرات فى الشريعة الاسلامية، بحث منشور فى مجلة المحاماه المصرية العددان التاسع والعاشر السنة الحادية والسبعون ١٩٩١ ص ٧٧.

١١١ - فتاوى الشيخ محمد بن ابراهيم ج ١٢ ص ١١٦ الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ.

١١٢ - هناك بلدان متعددة تأخذ بحكم عقوبة الاعدام بحق مهربى المخدرات إلا أنها غير مبنية على فتوى، بل هى أمر قانونى أصدرته السلطات التشريعية فى تلك البلدان ومنها جمهورية مصر العربية، العراق، إيران، ماليزيا، سنغافورة، تايلند، اندونيسيا، سيرالانكا، الصين الشعبية.

١١٣ - سورة المائدة الآية ٣٣.

١١٤ - د. محمد حسن الجبر، القانون التجارى السعودى طبعة ١٤٠٢ هـ ص ٢.

١١٥ - د. عزت حسنين، المسكرات والمخدرات ص ٢٠٧.

١١٦ - مسفر غرم الله الدومينى الجناية فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ ص ١٦٦ الناشر دار طيبة الرياض.

١١٧ - د. محمد فتحى عيد المرجع السابق، ص ٣٤٠.

١١٨ - د. مأمون سلامة، المرجع السابق، ص ٥٨٤.

١١٩ - د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق، بند ٨٥٠ ص ٨١٩.

١٢٠ - حيث نصت أنه (إذا حاز جواهر مخدرة ولم يكن بيده رخصة خاصة أو تذكرة طبيه بموجب أى نص من نصوص هذا النظام يعاقب بالحبس من خمسة شهور إلى سنتين أو غرامة مالية من خمسين الى (٣٠٠) جنيه.

١٢١ - نصت هذه المادة (يغرم بغرامة مالية قدرها عشرون ألف ريال عربى سعودى) كإحدى العقوبات التى تفرض على من يقوم بتهريب المواد المخدرة.

١٢٢ - نصت المادة الثانية فى تعديل ١٤٠١ هـ على أنه (من يروج المخدرات فإن كان للمرة الأولى فيعزر تعزيرا بليغا بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بهما جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائى).

١٢٣ - يرى بعض الفقهاء وجوب مصادرة المخدر فى جميع الأحوال بغض النظر عن حقوق الغير حسنى النية، إذ فى مصادرة المخدر تدبير وقائى يجب إتخاذه قبل الكافة حتى يخرج المخدر من دائرة التعامل. انظر د. رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٧٣.

١٢٤ - حيث نصت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها (وكانت المصادرة وجوبا تستلزم أن يكون الشئ المضبوط محرما تداوله بالنسبة للكافة بما فى ذلك المالك والحائز على السواء، أما إذا كان الشئ مباحا لصاحبه الذى لم يكن فاعلا أو شريكا فى الجريمة فإنه

لا يصح القضاء بمصادرة ما يملكه، نقض فى ١٩٨٤/٢/٢٨ رقم ٥٧٩٧ س ٥٣ ق.

١٢٥ – د. عبد الحميد الشواربى، المرجع السابق، فى ص ١٢٣.

١٢٦ – تعميم الادارة العامة رقم س م خ رقم ٢٤٥١ فى ١٤٠٢/١٠/٢٦ هـ بشأن صورة خطاب وزير الداخلية رقم ١٩/س/٣٦٧٤ فى ١٤٠٢/١٠/٦ هـ الموجه إلى صاحب السمو الملكى نائب أمير منطقة الرياض.

المصادر

الكتب الشرعية

القرآن الكريم

– أبو داوود ابو الحسن مسلم بن حجاج النيسابورى سنن ابى داوود، الجزء الثانى الناشر مطبعة عيسى الحلبى.

– ابن حجر الهيثمى، الزواجر عن إقتراف الكبائر، الطبعة الأولى، الناشر دار الكتب العربية.

– ابن حزم الظاهرى، المحلى، الجزء السابع طبعة ١٣٥٢ هـ بيروت.

– ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة مصطفى الحلبى مصر.

– ابن قيم الجوزية – إعلام الموقعين، الجزء الثانى طبعة ١٩٥٥ م القاهرة الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية طبعة ١٣١٨ هـ.

– ابن قدامة، المغنى طبعة ١٣٤٨ هـ مطبعة المنار القاهرة.

أ

- احمد بن تيميه، مجموع الفتاوى، الطبعة الأولى ١٣٨٦ هـ الناشر مطبعة الحكومة العوية مكة.
- الخطيب الشربينى، كتاب النووى، الجزء الرابع، الناشر مطبعة الحلبى.
- السرخسى شمس الدين، المبسوط - الناشر دار المعرفة للطباعة والنشر لبنان.
- الترتلى، شرح الجوهرة على متن القدورى، الجزء الثانى.
- الفيرزوزبادى مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الجزء الثانى دار الجيل.
- القرافى، الفروق - الجزء الأول.
- جاد الحق على جاد الحق. الفتاوى الاسلامية، دار الافتاء المصرية، وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشئون الاسلامية القاهرة ١٩٨٣.
- كمال الدين بن الهمام - فتح القدير، الجزء الثالث.

الكتب القانونية

- المستشار، أحمد محود خليل، جرائم المخدرات، طبعة ١٩٨٤ م الناشر المطبوعات الجامعية الاسكندرية.
- إدوارد غالى الذهبى، جرائم المخدرات، طبعة ١٩٨٨ الناشر مكتبة غريب القاهرة.
- حسن البغال وفؤاد على، قانون المخدرات العربى طبعة ١٩٦١ م القاهرة.
- د. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات التكميلى، الطبعة الخامسة ١٩٧٩.

- د. شريف فوزى محمد فوزى، التشريع الجنائى الاسلامى، الناشر مكتبة الخدمات الحديثة جدة.
- د. عادل الدمرداش، الادمان مظاهره وعلاجه، طبعة ١٩٨٢م.
- د. عبد الحميد الشواربى، جرائم المخدرات طبعة ١٩٧٨م، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية.
- د. عبد الخالق النواوى، التشريع الجنائى فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى، الطبعة الثانية ١٩٧٤ الناشر دار الثقافة بيروت.
- د. عبد العزيز عامر، التعزير فى الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية ١٩٦٩م.
- د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء التاسع طبعة ١٩٥٨ م الناشر دار إحياء التراث العربى بيروت.
د. عبد الرحيم صدقى، الجريمة والعقوبة فى الشريعة الاسلامية، طبعة ١٩٧٨م الناشر مكتبة النهضة المصرية.
- د. عبد الفتاح خضر، التعزيز والاتجاهات الجنائية المعاصرة طبعة ١٣٩٩ هـ.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائى الطبعة الخامسة ١٩٦٨م.
- د. عزت حسن، المسكرات والمخدرات بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى ١٩٦٨م.
- عصام أحمد محمود، جرائم المخدرات فقها وقضاء الجزء الأول طبعة ١٩٨٧م.
- د. عوض محمد، قانون العقوبات الخاص، جرائم المخدرات والتهريب الجمركى والنقدى طبعة ١٩٦٦م.

- د. مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام طبعة ١٩٧٩ م الناشر دار الفكر العربى.
- الامام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى، طبعة ١٩٧٤م الناشر دار الفكر العربى.
- د. محمد حسين الجبر، القانون التجارى السعودى طبعة ١٤٠٢ هـ، الناشر عمادة شئون المكتبات جامعة الملك سعود.
- د. محمد سليم العوا، جريمة شرب الخمر وعقوبتها فى الشريعة الاسلامية.
- د. محمد على البار، المخدرات الخطر الداهم، طبعة أولى ١٩٨٨ م الناشر دار العلوم بيروت.
- د. محمد فتحى عيد، جريمة تعاطى المخدرات فى القانون المقارن الطبعة الثانية ١٩٨٨م.
- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص الطبعة السابعة ١٩٧٥م.
- د. محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٧٧ الناشر دار النهضة العربية.
- د. محمود نجيب حسنى، النظرية العامة للقصد الجنائى، طبعة ١٩٧٥ م الناشر دار النهضة العربية.
- د. معوض عبد التواب، جرائم المخدرات، الطبعة الرابعة ١٩٨٦ الناشر دار المعارف بالاسكندرية.

البحوث والمحاضرات:

- د. الصديق محمد الأمين الضرير، موقف الشريعة الاسلامية من المخدرات، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي، السادس الرياض سنة ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية – إدارة مكافحة المخدرات.
- د. حسن صادق المرصفاوى، المخدرات فى التشريعات العربية، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس الرياض سنة ١٩٧٤. الناشر وزارة الداخلية – إدارة مكافحة المخدرات.
- د. عبد العال عطوة، موقف الشريعة الاسلامية من المخدرات، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس الرياض١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية – إدارة مكافحة المخدرات.
- د. عبد القادر شيبة الحمد، أثر المخدرات فى تدهور الشعوب، بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمى السادس الرياض ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية – إدارة مكافحة المخدرات.
- عبد الفتاح خضر، سياسة التجريم التعزيرى بالمملكة العربية السعودية، المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد العاشر ١٤١١ هـ.
- عبد الفتاح مراد، أحكام المخدرات فى الشريعة الاسلامية، بحث منشور فى مجلة المحاماه العدد التاسع والعاشر السنة الحادية والسبعون ١٩٩١م.
- الشيخ مناع خليل قطان، موقف الدين من المخدرات فى الشريعة الاسلامية، بحث منشور فى المجلة العربية للدراسات الأمنية العدد الثالث والرابع ١٤٠٧ هـ.

- رئاسة البحوث العلمية والافتاء والدعوى والارشاد، نظرة الشريعة الاسلامية الى المخدرات. بحث مقدم إلى المؤتمر الاقليمي السادس للمخدرات الرياض ١٩٧٤ الناشر وزارة الداخلية، إدارة مكافحة المخدرات.

المجلات:

- المجلة العربية للدراسات الأمنية (الرياض).
- مجموعة أحكام محكمة النقض (المصرية).
- مجموعة القواعد القانونية (مصر).
- نظام منع الاتجار بالمواد المخدرة السعودى.

اتفاقات العمل الجماعية وتنازع القوانين

للمستشار الدكتور/ **منير عبد المجيد**

تمهيد وتقسيم:

١ - لما كان تشريع العمل الذى يحكم علاقات العمل اليوم، لا يظهر فقط فى صورة النظام القانونى المطبق على علاقة العمل، ولكن ايضا فى صورة اتفاقات العمل الجماعية، التى تعد بمثابة تنظيم لائحى للمهنة صادر من أصحاب الشأن أنفسهم. يتسم بالطابع الآمر وهو تنظيم يؤدى إلى تغليب فكرة الديمقراطية الاجتماعية على الديمقراطية السياسية باعتبار أن سلطة التشريعية لها أن تعهد إلى المنظمات الاجتماعية بوظيفة المشرع فى نطاق علاقات العمل.

وقد أصبحت اتفاقات العمل الجماعية فى الدول المتقدمة، وعلى الأخص فى انجلترا والولايات المتحدة، الأداة الاقتصادية للتقدم الاجتماعى ومصدرا هاما لتنظيم علاقات العمل، بل إن الاتفاق الجماعى بالنسبة لعقد العمل الفردى يعد فى بعض البلاد مثل ايطاليا بمثابة تنظيم من القانون العام ملزم لجميع اعضاء المهنة (١).

---

(١) Coste. Floret. "Vers une conception etatique de la convention collective du travail 1937 P. 199.

وقواعد الاتفاق الجماعى لا تسرى فحسب على العمال فى مهنه معينه المنضمين الى النقابة الطرف فى هذا الاتفاق، بل تمتد كذلك إلى العمال الذين يكتسبون وصف العضوية مستقبلا.

ولأهمية اتفاقات العمل الجماعية، تم الاعتراف بها فى اتفاقية العمل الدولية رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٩ الخاصة بتنظيم المفاوضة الجماعية.

ويتضح مما سبق ازدواج مصادر قانون العمل، اى التشريع واتفاق العمل الجماعى(١).

ولهذا كان من الضرورى بيان العلاقة بين الاتفاق الجماعى الذى يحكم علاقة العمل الفردية بوصفه قانونا. والنظام القانونى الصادر من الدولة المطبق على ذات العلاقة.

والاتفاق الجماعى - طبقا للرأى الراجح - (٢) ذو طبيعة مزدوجة "Nature dualiste" ، فهو يجمع بين الطابع العقدى بوصفه تعبيرا عن ارادتين، وبين الطابع اللائحى بوصفه نظاما قانونيا "statut legal" ملزما، تتحدد على ضوئه علاقات العمل الفردية. رغم ان أداه اصدار هذا النظام القانونى ليس هو القانون بالمعنى المتعارف عليه.

---

(١) Despax. N. Traite de dr. du travail. Paris. 1966. P. 1 et S. Dimitri Weiss, les relations du travail 4 ed P. 83.

(٢) ما يلى رقم (٣).

وعلى ضوء هذا التكييف فى اطار القانون الدولى الخاص، يمكن القول بأنه اذا كان الاتفاق الجماعى يعتبر عقدا من نوع خاص Sui geniris (١) فأحد طرفيه على الاقل منظمة نقابية والاخر صاحب عمل او عدد من اصحاب الاعمال او منظمة لهم. فانه بهذا الوصف يجب ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، متى احتوى على عناصر اجنبية.

كما ان الاتفاق الجماعى من ناحية اخرى يتخذ طابع قانون المهنة، باعتبار أن السلطة التشريعية تعهد الى المنظمات النقابية بدور المشرع فى نطاق هذه العلاقات لوضع التنظيم الذى يتلاءم مع ظروفها الخاصة. ومن ثم، فان المسألة التى تطرح فى هذا الصدد، تتمثل فى معرفة ما هى علاقات العمل التى تحكمها تلك الاتفاقات اوتخضع لها، ولهذا يمكن أن يحدث بين الاتفاقات الجماعية تنازع (٢) مماثل تماما لتنازع القوانين، متى كانت كل من هذه الاتفاقات الجماعية المتنازعة صادرة من نظم قانونية مختلفة وتتزاحم على حكم نفس علاقة العمل، فاذا فرض أن عاملا فرنسيا يعمل فى مدنية Hendaye، وهى مركز على الحدود، لحساب شركة سكك حديد اسبانية، فهل

---

(١) Gerard lyon. Caen. La convention collective de travail en dr. int. priv. clunet 1964. P. 250 No 7. Le meme auteur. Dr. Soc. et europeen. 4 ed. 1976. P. 102 No 128.

(٢) ويلاحظ أن التنازع الذى يثور بين اتفاقات العمل الجماعية مقصور على الاتفاقات ذات الطابع التشريعى "Nature Normatif" دون تلك التى تتسم بالطابع التعاقدى المحض "Nature Purement Contractuelle" ، فإذا وجد فى بعض البلاد اتفاقات من هذا النموذج الأخير (بريطانيا)، فإنها تكون محكومة بالقانون العام للعقود "droit commun des contrats"، كما هو الحال فى فرنسا قبل سنة ١٩١٩، ولا يتصور التنازع بشأنها، إذ لا يرتبط بها فى الواقع سوى الأطراف الموقعة، فلا تمتد إلى عمال فى اقليم آخر لا يشكلون جزءا من النقابة الموقعة.

Gerard Lyon - Caen. Conflits de lois, de juridications et autorites dans le droit du travail. J.Cl. 573. No. 25. 26 No. 144.

يخضع هذا العامل للاتفاق الجماعى المطبق على عمال السكك الحديدية الاسبانية، أم للاتفاق الجماعى المطبق على عمال السكك الحديدية الفرنسية؟ ويمكن ان نتساءل ايضا فى نطاق مثال اخر عما اذا كان العامل الفرنسى الذى يعمل فى بنك انجليزى بباريس يخضع للاتفاق الجماعى الفرنسى، ام للاتفاق الجماعى الذى يحكم رب عمله؟ ولهذا البحث أهمية ليس فقط من ناحية الشروط التى تحكم ظروف العمل أو الاجور،ولكن على الاخص من ناحية الشروط المتعلقة على سبيل المثال بالمرض اوالتقاعد.

وهذا الوضع يقتضى بيان آثار اتفاق العمل الجماعى الفورى، وقوته الملزمة على علاقة العمل الدولية فى اطار فكرة اقليمية الاتفاق الجماعى، او فى اطار فكرة امتداده عبر الحدود، اذ لا يضع المشرعون عادة – ومنهم المشرع المصرى والفرنسى – اى قيد على حرية اطراف الاتفاق الجماعى فى وضع قواعد او شروط تحدد بذاتها نطاق تطبيقه الدولى فى المكان. ويرتبط بهذه الحالة الاخيرة بيان وضع الاتفاق الجماعى الممتد الى نظم الدول المختلفة فى الخارج

وعلى ذلك، يقوم بين الاتفاق الجماعى وعقد العمل الفردى ذات العلاقة التى تقوم بين القانون والاتفاق الجماعى. وهذه الظاهرة ينعكس أثرها على النظام القانونى الدولى للاتفاق الجماعى.

ولما كان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة عمل لائحى اوقانون مهنى له خصائص القواعد القانونية من عموم وتجريد، فقد يثور التنازع بينه وبين

قانون مهنى آخر اجنبى، اذ قد يتوافر لكل منهما الاختصاص بحكم نفس علاقة العمل.

ويمكن أن تدخل ايضا علاقة العمل الفردية فى تنازع مع عقد العمل الجماعى.

٢- وبناء على ما تقدم يتعين تقسيم الدراسة الى ثلاث مباحث:

المبحث الاول: اتفاق العمل الجماعى والنظام القانونى الصادر من الدولة المطبق على علاقة العمل.

المبحث الثانى: القانون الواجب التطبيق على اتفاق العمل الجماعى.

المبحث الثالث: اتفاق العمل الجماعى وتنازع القوانين.

المبحث الاول
الاتفاق الجماعى والنظام القانونى الصادر من الدولة المطبق على علاقة العمل الفردية

٣- لا يعتبر الاتفاق الجماعى - كما عرفه M.D. Visscher (١) عقد عمل. اذ لا يولد بذاته اى التزام بالعمل، فهو اتفاق يتم بين مجموعة من العمال من جهة ورب عمل او مجموعة من ارباب الاعمال من جهة اخرى بما يكفل وضع تنظيم معين يتضمن قواعد وشروطا افضل مما يفرضه القانون لهم. بحيث ينبغى مراعاتها عند ابرام عقود العمل الفردية وهو على هذا النحو

---

(١) De Visscher., Le conflits de lois en matiere de contrat de travail. Revu. Crit. 1939. P. 150 et s.

يعد تنظيم عقدى سابق يتحدد على ضوئه مضمون عقد العمل الفردى اللاحق من حيث شروط العمل بين العمال واصحاب الاعمال، ومن ثم، فان هذا الاتفاق تعاقدى من حيث مصدره تنظيمى من حيث مضمونه، وما يتضمنه من قواعد موضوعية.

وغير سديد ما ذهب اليه جانب من فقه القانون المدنى، من تكييف هذا الاتفاق بانه عقد كسائر العقود، فقد احتار هذا الفقه في تبرير انطباق القواعد الاتفاقية على العمال الذين لم يشتركوا فى ابرامه، وثبت فشل النظريات التى قيلت لتبريره مثل النيابة والفضالة والاشتراط لمسلحة الغير والتعهد عن العير، كما ان الفكرة التعاقدية تعجز ايضا عن تبرير القواعد الامرة لاحكام الاتفاق الجماعى[٢].

وليس صحيحا ما اتجه اليه جانب من فقه القانون العام من ان الاتفاق الجماعى يعد بمثابة قانون "أو عمل لائحى" ذلك ان هذا الاتجاه يغفل ان ابرام عقد العمل الجماعى يتم كأى عقد اخر تسرى عليه قواعد العقود فى القانون المدنى، فيجب ان يكون التراضى بين طرفيه سليما خاليا من العيوب، ويخضع فى تفسيره للقواعد العامة فى تفسير العقود.

---

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكى فى قانون العمل الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٣، ص ٧٥٩ وما بعدها رقم ٣٧٩. الدكتور عيد نايل عوض فى قانون العمل الاتفاقى دراسة مقارنة سنة ١٩٨٣ ص ٦٥٨.

والصحيح هو ما نادى به Durand [٣] فى مقالته بشأن ازدواج الاتفاق الجماعى ".. اذ رأى ان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة تنظيم للعمل صادر من اصحاب الشأن انفسهم، ومتى كان هذا التنظيم ينطبق على افراد من المهنة لم يشتركوا فى ابرامه. فنكون بذلك امام ازدواج تلتقى فيه فكرة العقد مع فكرة القانون إذ ينشئ فى آن واحد التزامات تعاقدية ويضع تنظيما قانونيا لعلاقات العمل التى تدخل فى نطاقه، ولهذا التنظيم الذى يتخذ طابع قانون المهنة صفة الالزام والعموم والتجريد، بحيث يرتب البطلان على كل شرط مخالف لأحكامه يكون قد تضمنه عقد العمل الفردى الا أن تكون المخالفة أكثر صلاحية للعامل، وتنطبق قواعده على جميع العمال المنضمين لنقابة تعتبر طرفا فيه، أو لنقابة تكون قد انضمت إليه بعد ابرامه.

٤ – ويترتب على ذلك أن الاتفاق الجماعى يضع تنظيما لعلاقات العمل الفردية مع التشريعات التى تسنها الدولة مع ملاحظة أن التشريع الشامل لا يترك للاتفاق الجماعى سوى دورا ثانويا[٤].

ولهذا يجب القول بان الاتفاق الجماعى يشكل – فى مختلف قواعده التى يتكون منها – عنصرا من النظام القانونى الواجب التطبيق على علاقة العمل. بمعنى ان تطبيق نظام قانونى وطنى لدولة معينة يتضمن فى ذات الوقت

---

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٧٦٣ – الدكتور نايل عوض المرجع السابق ص ٦٥٨.

(٤) Durand. Revu trimestielle de dr-compare. 1939. No 13 et s. Coste florest. Vers une conception etatique de la convention collective du travail "Rev. Crit. 1937. P. 199. Despax. Traite Op.Cit., P. 1. No. 2

تطبيق الاتفاق الجماعى لتلك الدولة، اى ان النظام القانونى الوطنى يتلازم فى تطبيقه مع الاتفاق الجماعى الذى يشكل جزءا منه.

وقد اعتنق القضاء هذه الفكرة (١)، وعلى الاخص لفحص مضمون القانون الاجنبى الواجب التطبيق، على الاقل باعتباره شق او ركن فى قاعدة الاسناد المتعلقة بقانون مكان تنفيذ العمل.

وهذا هو ما رددته محكمة استئناف باريس فى حكم حديث لها بتاريخ٣ فبراير سنة ١٩٨٨ (٢) اذ قضت بأن العامل فى مشروع متعدد الجنسية والموفد الى شركة وليدة فرنسية مقرها فرنسا حيث يمارس نشاطه. ينطبق على علاقة عمله القانون الفرنسى لمكان التنفيذ فيما يتعلق بالاثار المرتبة على انهاء عقد العمل فى فرنسا، وينطبق هذا القانون بما فى ذلك الاتفاق الجماعى الذى يحكم علاقات العمل الداخلة فى اطاره وذلك استنادا الى أن هذا الاتفاق الجماعى يعد جزءا من النظام القانونى المطبق.

ويمكن أن نتصور تطبيق قانون بلد أجنبى فى نفس وقت تطبيق اتفاق جماعى فرنسى(٣). ولكن اذا اجتمع اتفاق اجتماعى وتشريع، فان البحث يتجه بالضرورة نحو القاعدة الافضل(٤).

---

(١) Cass. Civ 29. Janvi. 1975. Rev Crit 1975. P. 338.
Note Batiffol sous Cass-soc 8. Octo. 1969. clunct 1970.
Note Ribette.

(٢) Clunet 1989. P. 375. Note Vischi. Vivet.

(٣) Gerard Lyon. Caen et Antoine Lyon Caen, Droit soc; inter. et europeen.
Sixieme edition 1985. P. 86. No. 70.

(٤) ما يلى رقم (٣٢).

٥- واذا كان الموضوع لا يتعلق باتفاق عمل جماعى، ولكن تنظيم[١] عمل جماعى أى تحويل نصوص اتفاق جماعى الى تنظيم مهنى فى اقليم معين، فان الامر يكون مختلفا ولا يجب الخلط بينهما، لاننا نخرج بهذا عن نطاق التصرف القانونى، أى الاتفاق، لندخل فى نطاق التنظيم [٢] القانونى المهنى، ومع ذلك، فان الحل يكون واحدا، لانهما يتحدان فى الموضوع[٣] وهو تنظيم علاقات العمل بقواعد عامة مجردة يتحدد على ضوئها مضمون عقود العمل الفردية.

وغنى عن البيان فان الاتفاق الجماعى اضيق نطاقا من تنظيم العمل المهنى، لانه يقتصر نطاقه على المنظمة او المنظمات النقابية التى حددها او التى انضمت اليه.

---

(١) Kronheim les conflits de lois en matiere de contrat de travail 1938. P. 115. No. 95.

(٢) ومن هذا القبيل المشروعات التى يخضع فيها العمال لتنظيم لائحى مثل المشروعات العامة وشبه العامة والشركات المؤممة مثل عمال الكهرباء والغاز فى فرنسا والسكك الحديدية، فهو تنظيم تشريعى اقليمى تابع أساسا من السلطة العامة ويبتعد تماما عن الطابع التعاقدى، وتعتبر الجنسية الفرنسية أحد شروط الاستخدام فيها، هذا فضلا عن أنه فى حالة ارسال العامل الخارج، فان من الصعب القول بأن هذا النظام لم يعد مطبقا عليه

(Gerard Lyon Caen. Conflits de lois de juridiction en dr. inter. Priv. I. Cl. Fasc. 573. P. No. 149 P. 27).

(٣) Niboyet Traite t (5). P. 118. No. 1414.

٦- ويلاحظ ان بطلان الاتفاق الجماعى لتخلف متطلبات قانون مكان التنفيذ لا يحول دون تصحيحه بمعرفة القاضى بوصفه عقدا عاديا ملزما للجانبين.

ومتى تجرد الاتفاق الجماعى من آثاره الخاصة، فانه يندرج فى اطار التنظيم القانونى العادى للحقوق، ذلك ان ابرام هذا الاتفاق بين اطرافه يضمن الى حد كبير الحرية التعاقدية الحقيقية لهم، وهى الحرية التى تسمح لهم بامكان اختيار القانون المطبق على علاقاتهم، وكذلك القواعد المكملة التى تحكم العقود بصفة عامة. وهذه المبادئ يمكن أن تسمح بصفة خاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على المسئولية التعاقدية التى تقع على عاتق احد الاطراف فى مواجهة الطرف الاخر(١).

المبحث الثانى
القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الجماعى

٧- يجب أن نشير فى هذا الصدد، أنه اذا كان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة قانون مادى أوموضوعى، فان تطبيقه الدولى يكون مستقلا بذاته عن القواعد التشريعية التى تحكم (٢) هذا الاتفاق الجماعى الذى ينطوى على عناصر أجنبية، اذ يجب النظر الى الاتفاق الجماعى من زاويتين، أولهما، أنه

---

(١) Rodiere. P. Conflits de lois en dr. du travail J. CL. 1986, Fasc. 573. 1. No. 46.

(٢) Rodiere P. J. Cl. Op.Cit., P. 9. No. 27.

يعتبر علاقة محكومة بقاعدة قانونية، وثانيهما، أنه يعتبر قاعدة قانونية تحكم علاقة العمل (١).

وقد ذهب Lyon Caen سنة (٢) ١٩٥٩ أن الامر هنا يتعلق بتنازع بين اتفاقات العمل الجماعية التى تحكم النظام الدولى لعلاقة العمل الفردية دون أن يتعلق تنازع القوانين فى شأن اتفاقات العمل الجماعية. ذلك أن مسألة القانون الواجب التطبيق على ابرام وآثار الاتفاق مسألة نظرية بحتة ولا تطرح، اذ لا يتحقق أى تنازع اختصاص تشريعى بسبب تخلف العنصر الاجنبى الذى يثير هذا التنازع.

الا أنه عاد فى سنة ١٩٦٤ موضحا أنه اذا نشأ تنازع بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق العمل الجماعى الذى يحتوى على عناصر أجنبية، فان الالتجاء الى الطرق التقليدية للاسناد لا يصدم بأية عقبة.

ويضيف أن العمل قد جرى على أن يحتاط الاطراف بوجه عام ويشيروا بأنفسهم الى القانون الواجب التطبيق. وفى حالة عدم تحديده بمعرفتهم يمكن استخلاص هذا القانون من اراداتهم الضمنية. ذلك أن المنظمات النقابية لها عادة مقر ثابت فى اقليم معين، فيتحدد التشريع الواجب التطبيق بقانون هذا المكان أو المقر، الذى يكون معلوما فيه تماما اقامة وجنسية المنضمين الى المنظمة النقابية، حيث يجتمعون فيه. ومن ناحية أخرى، فان نصوص الاتفاق

---

(١) G. Lyon. Caen. La convention collective de travail en dr. international priv. clunet 1964. P. 25 No. 143.

(٢) G. Lyon Caen La convention - clunet 1964. P. 260, No. 7 ct No. 9.

الجماعى تنشر بالضرورة فى فرنسا عن طريق ايداعها [١] قلم كتاب محكمة شئون العمال التى ينفذ الاتفاق فى دائرتها. ومن ثم فان القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الجماعى يتحدد بقانون المكان الذى تم فيه الايداع وهو أيضا قانون المكان الذى أبرم فيه الاتفاق الجماعى[٢].

٨- ويرى Rouast [٣]، أن اتفاق العمل الجماعى يتميز بالطابع الاقليمى أو المحلى الواضح تماما، وهذا الطابع يفترض تطبيق تشريع الدولة التى يجب أن ينفذ فيها الاتفاق الجماعى، وأن مكان الايداع يتطابق مع قانون مكان التنفيذ، وبه يتحدد على نحو مؤكد القانون الواجب التطبيق طبقا للنية المشتركة للاطراف ويضيف أنه لا عبرة فى هذا الصدد بجنسية الافراد الذين تتكون منهم النقابة أو جنسية النقابات أنفسها.

٩- ويرى Gamillscheg [٤]، بوجه عام أن اتفاق العمل الجماعى يخضع من حيث مضمونه وآثاره الى قانون مكان أو أمكنة التنفيذ.

---

(٣) وفى فرنسا، لا يستتبع عدم الايداع بطلان الاتفاق الجماعى
Cass. soc. 5 Oct. 1962 Dr. soc. 1962 P. 630.
وفى مصر، لا يكون الاتفاق الجماعى ملزما إلا بعد قيده لدى الجهة الادارية المختصة، ولا يجوز انضمام غير المتعاقدين اليه إلا بعد قيده.

(٢) Gerard Lyon Caen - La convention collective - clunet Op.Cit., 1964. P. 260, No. 25.

(٣) Rouast. A. Les conflits de lois relatifs au contrat de travail - Melanges pillet. t (2) P. 207 - 208. Delaparadelle et Nibovet.
ومشار إليه فى تقرير المؤتمر الدولى الثانى للعمل. Baladoni

(٤) Cite par Szaszy. International Labour Law 1986. P. 363.

والواقع أن قانون مكان التنفيذ الاجنبى الذى قد يمتد اليه الاتفاق الجماعى له أهميته فى هذا الصدد. فهو الذى يبين - على ما سنرى[1] - موانع تطبيقه على علاقة العمل المنفذة فى الخارج، وما اذا كان الاتفاق الجماعى ملزما ونافذا فى هذا المكان أم لا.

١٠- وفى خصوص أهلية ابرام الاتفاق الجماعى، فقد اتجه كل من Schonrr et Von carolosofeld [2] الى خضوعها لقانون الموطن سواء كانت هذه الاتفاقات موقعة من أفراد العمال أو النقابات المهنية.

ومع ذلك يفرق Gamillscheg [3] بين الاتفاقات الجماعية الموقعة من أفراد العمال، فهذه يحكمها قانون مكان العمل. وبين تلك الموقعة من النقابات أو الجمعيات المهنية، فتخضع للقانون الذى اعترف بهذه النقابات والتى تكونت تلك النقابات بمقتضى أحكامه.

١١- وفيما يتعلق بشكل الاتفاق الجماعى، فان فكرة شكل العقد يحكمه قانون مكان الابرام الذى اعتنقه الشراح الغربيون، عارضها Gamillscheg الذى اعتد بقانون مكان العمل العادى [4].

١٢- ويلاحظ ان بعض المهن منظمة تنظيما دوليا. سواء من جانب العامل او رب العمل، اذ يتم ممارسة المهنة فى عدة اقاليم مثل النقل البحرى

---

(١) ما يلى رقم ٢٩.

(٢) Cite par Szaszy.. Op.Cit., P. 363.

(٣) Cite par Szaszy .. Op.Cit., P. 362.

(٤) Cite Par Szaszy. Op.Cit., P. 362.

والنهرى والجوى والسكك الحديدية. وحتى الطرق التى تخترق اقاليم مختلفة، ذلك ان تنسيق ظروف العمل فيها يتطلب ابرام اتفاقات مهنية تشمل مشروعات عدة بلاد، وهذا هوالحال فى نطاق المجموعة الاوربية فالاتفاقات الجماعية فى هذا الصدد تبدو أداة ملائمة لتوحيد ظروف العمل فى بلاد المجموعة، ذلك ان الروابط القائمة بين النظم المهنية سواء بالنسبة للعمال او أرباب الاعمال تسهل ابرامها(١).

١٣- ان اتفاقية التأمين الاجتماعى لملاحى نهر الرين المؤرخة ٢٧ يوليه سنة ١٩٥٠ تعتبر معاهدة دولية من حيث الشكل ولكنها من حيث طريقة اعدادها ومضمونها تبدو أنها إتفاق جماعى للادخار لتنظيم المهنة دوليا، وقانون التأمين الاجتماعى المطبق على ملاحى نهر الرين هو قانون مقر المشروع الذى يعمل الملاح لحسابه(٢). (وهذا على خلاف الاختصاص التشريعى فى الاتفاق الاوربى بشأن العمال المهاجرين حيث يوجب الاسناد الى قانون مكان التنفيذ).

١٤- وهناك اتفاق جماعى آخر فى صورة معاهدة دولية يتعلق بالتأمين الاجتماعى الاوربى لعمال النقل الدولى المؤرخ ٩ ليولية ١٩٥٦ والموقع فى جينيف، اذ يعتنق قانون مقر المشروع بوصفه القانون الواجب التطبيق عند التنازع (٣).

---

(١) Gerard Lyon Caen La convention - clunet Op.Cit., P. 261.

(٢) Gerard Lyon Caen Op.Cit., P. 262 No. 28.

(٣) Gerard Lyon Caen Op.Cit., P. 262. No. 29.

ان وضع اتفاق جماعى لنظام دولى يؤدى الى قاعدة موحدة لتنازع القوانين. أو توحيد نظم العمل فى مهنة معينة على النطاق الدولى[١].

المبحث الثالث
الاتفاقات الجماعية وتنازع القوانين
فى ضوء فكرتى الاقليمية والامتداد عبر الحدود

تمهيد:

١٥- لما كان لاطراف الاتفاق الجماعى تحديد نطاق تطبيقه فى المكان دون اى قيد على حريتهم فى ذلك، ولهذا يجب ان نعرض فى هذا الصدد لاثر الاتفاق الجماعى، الفورى والملزم على علاقة الدولية فى ضوء فكرة اقليمية الاتفاق الجماعى او امتداده عبر حدود الاقليم الذى تم ابرامه فيه، مع الاشارة الى تطبيقات من احكام القضاء التى تبينت مبدأ اقليمية الاتفاق وتلك التى اعتنقت مبدأ امتداده.

واذا كان يجوز تطبيق الاتفاق الجماعى خارج الاقليم الوطنى فانه يجب بيان موانع تطبيقه عبر الحدود، ومدى امكان استبعاده او النزول عنه - فى بعض النظم - من جانب الاطراف.

---

(١) Gerard Lyon. Caen. Conflits de lois, de juridiction et d'autorites dans le droit du travail. J. Cl. Fasc. 573 No. 150. 151.

ونتصدى بعد ذلك الى بيان كيفية حل التنازع الدولى للاتفاقات الجماعية الصادرة من نظم قانونية مختلفة، متى كانت كل منها تدعى لنفسها الاختصاص بحكم نفس علاقة العمل على اساس ان هذه العلاقة تدخل فى مجال سريانها المكانى. وتحديد القواعد الواجبة التطبيق لبيان نطاق تطبيق هذه الاتفاقات من حيث المكان بالنسبة لعلاقة العمل.

ويرتبط بهذه المسألة التطرق لبحث مدى سلامة فكرة اقليمية الاتفاق الجماعى.

واخيرا نوضح وسيلة حل التنازع بين الاتفاق الجماعى وعلاقة العمل الفردية وكذلك التنازع الذى قد يحدث بين الاتفاق الجماعى وقانون اجتماعى اجنبى.

اقليمية اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية:

١٦- نصادف عادة فى الاتفاقات الجماعية للعمل شرطا بمقتضاه يكون للاتفاق الجماعى نطاق تطبيق اقليمى محض، فهو ينطبق على جميع أرباب الاعمال والعمال الداخلين فى اطار هذا الاقليم - بشرط ان تدخل علاقة العمل فى نطاق التطبيق المهنى[١] للاتفاق الجماعى وهذا هو شأن الاتفاق الجماعى الفرنسى للبنوك او للصناعة الكيمياوية فان تطبيق مثل هذه الاتفاقات الجماعية

---

[١] واشتراط اندراج علاقة العمل فى اطار التطبيق المهنى للاتفاق الجماعى يقيد من نطاق تطبيقه، لأنه يجعله مقصورا على العمال الذين يمارسون المهنة التى ابرم الاتفاق من اجلها، فاذا تم ابرام اتفاقين أولهما يتعلق بتصميم الأزياء والثانى يخص حياكة أزياء النساء، فان الحكم الذى يطبق أحد هذين الاتفاقين يجب أن يسبب قراره ببيان أن مشروع رب العمل ينتمى على وجه الخصوص إلى أى من المجموعتين المذكورتين.
(Soc. 4 Avr. 1939. Gaz Pal. 1939 - 2 - 133 - en ce sens. Savatier . obser. sous ch. Reunies 27 avr. 1961. Dr. soc. 1961 P 497)

يتحدد نطاقه بالاقليم الفرنسى[١]. ويستتبع ذلك ان مشكلة تنازع القوانين الدولى[٢] لا تثور فى موضوع الاتفاقات الجماعية المشار اليها، فينطبق اتفاق جماعى فرنسى فى فرنسا واتفاق جماعى فى المانيا[٣] والاتفاق الجماعى الاقليمى على هذا النحو، يستبعد اعمال الاتفاقات الجماعية الاجنبية[٤].

ويرى Niboyet [٥] ان اقليمية الاتفاق الجماعى الفرنسى مؤداه انه لا يجوز للاتفاق ان ينتج اثرا خارج الاقليم الذى يكون ملزما فيه، على اساس ارتباط التشريع الفرنسى ارتباطا وثيقا بتأمين التجارة والصناعة، وبالحركة النقابية فيها، ويضيف KRONHEIM [٦] ان الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة تنظيم لائحى، اقليمى – بحسب الاصل مزودة بقوة ملزمة، ولا يتعدى حدود الاقليم الذى صدر فيه. ولا يخاطب الا العاملين وارباب الاعمال الخاضعين لقوانين "بوليس العمل" فى نفس الاقليم.

---

(١) ويمكن لأطراف الاتفاق الجماعى تحديد نطاق تطبيقه بكل اقليم الدولة ويطلق عليه فى هذه الحالة اتفاقا جماعيا قوميا. ويسمى اتفاقا محليا اذا ارتبط بمنطقة معينة من الدولة.

(٢) ومع ذلك يمكن أن يحدث تنازع داخلى بين الاتفاقات الجماعية متى كانت نفس علاقة العمل تدخل بمجال تطبيق عدة اتفاقات جماعية، سواء من حيث النطاق الزمنى أو من حيث النطاق الاقليمى أو المهنى ويكفى عدم تحقق أى من هذه الشروط لانتفاء التنازع الداخلى بين الاتفاقات المذكورة. ويتجه الرأى الراجح فى حل هذا التنازع الداخلى الى تطبيق الاتفاق الجماعى الذى ينطبق نصوصه على الشق الأكبر من عقود العمل السارية فى المنشأة مع مراعاة ما إذا كان الأطراف قد قصدوا استبعاد أحد الاتفاقات الجماعية.

(٣) Durand et Vitu. Traite de dr du travail t (111). P. 565 et s. No. 200 - Despax. Traite .. Op.Cit., P. 337. No 206.

(٤) Gerard Lyon Caen. Dr. soc. inter et europeen 4 ed. 1976. P. 101; 102.

(٥) Niboyet. Traite t (IV), No. 1126 en ce sens. Freyria. Rapport au deuxieme congres intern. de dr. du travail. No 14 - Batiffol les conflits de lois en matiere de contrats 1938 - P. 263 - note (3) G. Lyon. Caen. J.C. de dr. inter. Fasc. 573

(٦) Kronheim, Les conflits de lois en maticre de contrats dc travail. P. 119. No 9 98.

وعلى ذلك، اذا كان تنفيذ عقدة العمل فى فرنسا، فانه لا يجوز استبعاد عقود العمل الفردية من الخضوع الاجبارى للاتفاق الجماعى(١).

ولهذا يتعين تركيز علاقة العمل لبيان ما اذا كانت تدخل فى النطاق الاقليمى للاتفاق الجماعى بالمعنى المشار اليه ام لا.

١٧- ويمكن الاشارة الى حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية، طبق مبدأ اقليمية الاتفاق الجماعى، وتتحصل وقائعه فى حدوث نزاع متعلق بالمندوب العام المساعد لشركة فرنسية تمارس نشاطها فى ميلانو، وكان رب عمله شركة فرنسية لصناعة الزجاج، ويحتوى الاتفاق الجماعى لصناعة الزجاج على شرط عدم المنافسة، وكانت تمنح - طبقا لما استقرت عليه العادة - تعويضا معادلا، مقابلا للفترة الزمنية التى يلتزم بها العامل بعد انتهاء عقده بعدم ممارسة اى نشاط مهنى فى خدمة منافس اخر خلال مدة معينة (سنتين) وقد تم الاستغناء عن المستخدم المذكور، فاقام الدعوى بطلب الحكم له بالتعويض سالف البيان، وانحصر مقطع النزاع فى معرفة، ما اذا كانت الاتفاق الجماعى للزجاج ينطبق عليه عندما كان يعمل فى ايطاليا ام لا ، وقد حسمت محكمة النقض هذه الصعوبة، واوردت فى مدونات حكمها، ان الاتفاق الجماعى لا ينظم علاقات العمل بين ارباب العمل والعاملين الا فى الاقليم الام(٢). واستخلصت المحكمة من ذلك ان الاتفاق لا يحكم عقد العمل

---

(١) Jac ques Voulet. La repture du contrat de travail P W 5.

(٢) Soc. 29 Mai 1963. J.C.P. (2) 13023 note simon. Depitre.

الخاص بهذا العامل الذى يمارس نشاطه فى ميلانو، وانه يمتنع عليه الاستناد الى هذا الاتفاق للمطالبة بأى تعويض مقابل يجيزه.

وقد استهدف هذا الحكم للنقد، ذلك ان التعويض المنصوص عليه فى الاتفاق الجماعى قصد به اصلاح الضرر الذى يصيب العامل بسبب شرط عدم المنافسة الذى يجب ان يكون منتجا لاثاره فى عدة بلاد اوربية وكذلك فى فرنسا. اذ يحدث فى الواقع - على ما سنرى - (١) ان الاتفاقات الجماعية الفرنسية تحدد بذاتها نطاق تطبيقها الذاتى حتى ولو كان العمل منفذا فى الخارج، كما هو الحال فى وقائع النزاع المشار اليه (٢).

وقد اكدت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٦٤ (٣) ضمنا النطاق الاقليمى للاتفاق الجماعى اذ رفضت تطبيق هذا الاتفاق الجماعى على عامل اوفد للعمل فى اقليم اجنبى.

١٨- ومع ذلك يجوز ان يؤدى العمل بصفة مؤقتة فى الخارج تنفيذا لعمل اصلى ويمارس رئيس المشروع حقه فى الادارة والاشراف على العامل. وذلك عندما يوفد هذا العامل للعمل فى هذه الظروف خارج النطاق الاقليمى للاتفاق الجماعى، ففى هذا الفرض لم يحدث ثمة تغيير فى تركيز علاقة العمل اذ يظل العامل مرتبطا بالمشروع الاصلى الذى يخضع للاتفاق الجماعى دون

---

(١) ما يلى رقم (٢١).

(٢) Toubiana Le domaine de la loi .. P. 283 No. 311.

(٣) Dr. Soc. 1965. P. 316.

تغيير فى المركز القانونى للاطراف (١) ففى مسائل العمل يعتبر الايفاد بمثابة استثناء من مبدأ الاقليمية. وبهذا يمكن أن يكون الطابع الاقليمى للاتفاق الجماعى أكثر مرونة، أو بعبارة أخرى فهى اقليمية مخففة. اذ يرد عليها بعض الاستثناءات (٢). كى يتمكن هؤلاء العاملون من الاستمرار فى الاحتفاظ بحقوقهم المكتسبة المنصوص عليها فى الاتفاق الجماعى الذى يحكمهم، والذى أبرمت عقودهم أصلا فى ظله، مثل الاتفاق الجماعى الخاص بالادخار وتعويض الفصل. دون أن يؤثر على هذا التطبيق أى اتفاق جماعى أجنبى أو قانون أجنبى فلا يفقد العامل حقوقه نتيجة لهذا الايفاد(٣) وفى هذا الاتجاه يشير Kronheim أن العمل العارض أو الاستثنائى المنفذ فى الاقليم الوطنى بمعرفة أجنبى لحساب رب عمل أجنبى لا يخضع للاختصاص التشريعى لاتفاق العمل الجماعى الألمانى أو الايطالى السارى فى كل مكان العمل.

١٩- وهذه المرونة تؤدئ من ناحية أخرى الى امكان تطبيق نصوص الاتفاق الجماعى للشركة القابضة على فروعها التى تمارس نشاطها فى الخارج (٤). وهذا هو ما قضت به الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٥٩ من أن الاتفاق الجماعى المبرم

---

(١) Cass. Civi 29 Janvi. 1975. Revu. Crit. 1976. P. 338. Note Batiffol.

(٢) Gerard Lyon Caen. La convention collective en dr. int. Rev. clunet 1964. P. 254 No. 15, P. 255. No. 17.

(٣) Gerad Lyon Caen. clunet Op.Cit., P. 255. No. 18.

(٤) Rabel. The conflicts of laws. A comparative study 1950. Vol.3. P. 191.

بمعرفة الشركة الأم ينطبق على عمال الفروع (١). ويمكن اعتبار هذه الحالة بمثابة تنظيم ملائم بين اتفاقين جماعيين أحدهما وطنى والآخر أجنبى (٢).

٢٠- ولكن قد يحدث أن يوفد العامل خارج المنشأة تنفيذا لعقد عمل خاص به، لا يتفق مع نصوص الاتفاق الجماعى، ففى هذه الحالة لا يخضع لهذا الاتفاق لاحتمال خضوعه لتطبيق الاتفاق الجماعى السارى على مركز المشروع الجديد(٣).

٢١- ولا يعتد فى شأن تطبيق الاتفاقات الجماعية بجنسية العامل، ذلك أن فكرة الاقليمية – كما أوضح مضمونها... Gerard Lyon Caen – لا تعنى الا معرفة ما اذا كانت الشروط التى يتضمنها اتفاق العمل الجماعى تنطبق على ظروف العمل فى جميع المشروعات الفرنسية أو الأجنبية المنضمة للتنظيم المهنى الموقع عليها، أيا كانت جنسية عمال هذه المشروعات.

ومع ذلك، فان مكان ابرام عقد العمل له أهمية مؤكدة فى القانون الفرنسى، فاذا كان للمشروع نشاط خارج فرنسا، فان العمال الذين يمارسون عملهم فى الخارج لا يستفيدون من الاتفاق الجماعى متى تم استخدامهم فى الخارج، وعلى العكس، فانهم يخضعون للاتفاق الجماعى، متى كان قد تم استخدامهم فى فرنسا، وتم ايفادهم مؤقتا للخارج. بل أن الاتفاق الجماعى الفرنسى، ينطبق حتى على العاملين الدائمين فى الخارج متى كان عقد العمل

---

(١) Dr. soc. 1959. P. 541.

(٢) Gerard Lyon Caen. La convention .... Clunet Op.Cit., P. 254 No. 15.

(٣) Despax. Traite ..... Op.Cit., P. 334.

قد أبرم فى فرنسا. وكذلك فان العمال الذين تم استخدامهم فى فرنسا، والموجهين للعمل فى الخارج، فان المشروع يستطيع أن يطلب استفادته من الامتداد الاقليمى للاتفاق الجماعى الممنوح اختياريا بمعرفة الجمعية العامة لنظم معاشات الكوادر [١].

٢٢- والواقع أن غالبية الاتفاقات الجماعية الفرنسية اقليمية يقتصر نطاق تطبيقها على مكان تنفيذ العمل فى فرنسا.

وعندما تخلو الاتفاقات الجماعية من بيان نطاق تطبيقها المكانى ولا يمكن استخلاص ارادة ضمنية للأطراف، فانه يمكن القول - أن هذه الاتفاقات لا تحكم الا علاقات العمل المنفذة في الاقليم[٢].

٢٣- ويرى M. Kronheim [٣]، أنه ينبغى ألا تخطئ فى فهم مدلول هذه الاقليمية، فقواعد الاتفاق الجماعى فى اقليم ما تكمل القواعد القانونية فى القانون الداخلى لهذا الاقليم، ومن ثم، يكون لها فى الخارج ذات الآثار المتعلقة بالقواعد الآمرة الأخرى، بمعنى أنها تسرى فى الحدود التى يرسمها القانون الدولى الخاص لكل من هذه البلاد المختلفة، وهو يضيف أن قواعد الاتفاق الجماعى لا تعدو فى الغالب الا أن تكون شروطا تمثل الحد الأدنى للحماية، ومن ثم يستطيع الأطراف بوصفهم أفرادا، وضع شروط أكثر فائدة للعاملين،

---

(١) Gerard Lyorn Caen. Clunet 1964. Op.Cit., P. 256. No 19 et No 22.

(٢) Gerard Lyon Caen et Antoine Lyon Caen. Dr. soc. intern. et europeen siexime edition 1985. P. 84. Piere Rodiere. Conflits de lois en dr. du travail J. Cl. Fasc. 573-1. V. Convention collective No. 25.

(٣) Kurt. Krohheim, 1938. Les conflits de lois matiere de travail., P. 120. et s No 99 - 100.

وهذا يعنى أن الأطراف فى القانون الداخلى يستطيعون مخالفة الاتفاق الجماعى لمصلحة العاملين بمقتضى اشتراطات فردية، تكون أكثر سخاء بالنسبة لهم ولا يتحقق فى هذه الحالة ثمة ضرر من أن القانون الذى يحكم عقود عملهم الفردية يمارس ذات المخالفة، فاذا كان القانون الأجنبى للعقد مكمل بمقتضى اتفاق جماعى فى نفس البلد، فلا يوجد ثمة عقبة من تطبيق هذا الاتفاق الجماعى بذات حدود القواعد التشريعية الأجنبية الأخرى، وعلى ذلك، اذا كانت عقود العاملين الأجانب فى الفروع فى دولة "A" يكملها فى بعض النقاط الاتفاق الجماعى فى دولة "B" بالمفهوم الأكثر صلاحية الذى لا تستوجبه القواعد القانونية الآمره او الجماعية فى "A" ومن ثم. فان نصوص الاتفاق الجماعى فى "B" هى التى تحدد مضمون العقود الفردية حتى فى اقليم "A".

٢٤- وفى الواقع، يجب تحليل كل شرط من شروط الاتفاق الجماعى على حدة، والبحث عن نطاق تطبيقه الصحيح (١)، فالبعض من هذه الشروط له طابع اقليمى أو عينى، مثل تلك التى تنظم العمل فى مجموعه أو تنشئ نظاما معينا - والبعض الآخر له طابع شخصى مثل الشروط التى تمنح امتياز الأقدمية فى المشروع (٢). أو تنشئ نظاما للادخار يتسم بالطابع الشخصى أوالممتد (اشتراك نظام التقاعد). أوتلك التى تتضمن مزايا مثل التعويضات المختلفة ويجب اذن أن يتمتع هذه الشروط الشخصية بتطبيق يمتد خارج

---

(١) Gerard Lyon Caen et Antoine Lyon Caen Dr. soc. int. et europeen ed. 1985. P. No. 69.

(٢) Rodiere P. Conflits de lois en dr. du travail. J. Cl. 1968. Fasc. 573- No. 26.

الاقليم، فتمتد الى العمل المنفذ فى الخارج (٣). بل انه يمكن أن يتحقق النموذجان من الشروط داخل اتفاق جماعى واحد. بمعنى أن الاتفاق الجماعى قد يجمع فى آن واحد بين الشروط الممتدة التى تولد حقوقا شخصية وبين تلك التى تعتبر تنظيما للعمل لها طابع اقليمى بحت.

امتداد اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية:

٢٥- قد يتضمن الاتفاق الجماعى شروط تطبيقه الخاصة، وفى سبيل ممارسة هذه السلطة ذات الطابع التشريعى، فان الأطراف المساهمين فى الاتفاق الجماعى، يستطيعون النص فيه على قواعد اسناد خاصة.

وقواعد الاسناد المشار اليها هى بذاتها المخصصة لتحديد النظام القانونى الوطنى، إذ من غير المنطقى أن يعامل الاتفاق الجماعى، وهو جزء من النظام القانونى المطبق على علاقة العمل على نحو مغاير عن النظام القانونى ذاته(٢).

واستنادا إلى ما تقدم، يجوز للأطراف أن يتفقوا على تطبيق الاتفاق الجماعى على عمل ينفذ فى الخارج. وذلك يهدف ضمان المزايا المقررة للعامل فيه، وهى مزايا قد يخلو منها القانونى المحلى الأجنبى الذى ينفذ العمل فى اطاره.

---

(٣) "Seules les secondes ont une aptitude au rayonnement international".

(٢) Rodiere P. Conflits de lois en dr. du travail. J. Cl. Fasc. 573. 1. No. 25.

ويلاحظ أن الاسناد الارادى أو الاختيارى الى الاتفاق الجماعى الفرنسى، يمكن أن يفسر على أن بمثابة قرينة ضمنية تشير إلى اختصاص القانون الفرنسى، بوصفه قانون الإرادة.

ويمكن أيضا أن يشير عتقد العمل الفردى صراحة إلى الاتفاق الجماعى حتى ينطبق فى الخارج (١) وبهذا يتم الامتداد الاقليمى للاتفاق الجماعى ويعد ذلك اعترافا بقدرة الإرادة فى مد نطاق الاتفاق الجماعى الى الخارج (٢).

٢٦ – وكذلك، فإن الاتفاقات الجماعية تعرف أحيانا نصوصا تطالب بتطبيقها الذاتى على العاملين الموفدين خارج فرنسا، بغية استفادة العامل من مجموع الحقوق أو بعضها المضمونة بالاتفاق الجماعى. وعلى الأخص تلك التى تتعلق بالأقدمية فى المشروع المعاش والادخار. رغم كون مكان تنفيذ العمل فى خارج الاقليم وهذا هو ما ينص عليه الاتفاق الجماعى لصناعة الزجاج الذى ينطبق على الايفاد المؤقت خارج فرنسا، للاحتفاظ خلال فترة الايفاد بالمزايا والضمانات الناشئة عن الاتفاق ويمكن تشبيه هذا الاتفاق الجماعى بالنظام الشخصى "Statut Personal" الذى يتبع العامل خارج الاقليم.

وهذا هو الحال بالنسبة للاتفاق الجماعى الفرنسى للمعاش والادخار المؤرخ ١٤ مارس سنة ١٩٤٧، الذى ينص فى المادة ٢/٣ منه على انطباقه

---

(١) Despax. N. Traite de dr. du travail. Precis. Dr. soc. int. Paris 1966. P. 337. No. 206.

(٢) Gerard Lyon Caen et Antoine Lyon Caen. Droit social et europeen. sixieme edition 1985 P. 85. No 69.

بصفة ملزمة على العمال الذين يعملون خارج فرنسا، لحساب مشروع فرنسي يمارس نشاطه في فرنسا، متى كان عقد العمل قد أبرم في فرنسا(٣).

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ (١) الاتفاق الجماعي الفرنسي على مندوب تجاري فرنسي يمارس عمله في أمريكا الجنوبية.

ويلاحظ أن المحكمة في الدعوى المشار اليها قد تمسكت بالطابع المؤقت لايفاد الممثل التجاري في الخارج، وكان ذلك غير منتج في النزاع، لأن الاتفاق الجماعي الوطني الخاص بالادخار والمعاش والمؤرخ ١٤ مارس سنة ١٩٤٧ يعالج بذاته حالة العامل في الخارج دون اشتراط الطابع المؤقت للايفاد(٢).

كما طبقت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٠ يوليه سنة ١٩٥٩ (٣) اتفاق جماعي فرنسي على الرغم من تنفيذ العمل في السعودية.

٢٧ - ولا يجب الخلط بين تطبيق الاتفاق الجماعي خارج الاقليم، والأخذ في الاعتبار بالواقع الحاصل خارج الاقليم. وعلى ذلك، فان العامل

---

(٣) Despax .. Op.Cit., P. 335.

(١) Revu Crit 1960. P. 566. Note simon. Depitre.

(٢) Toubiana Le domaine de la loi .... P. 283 et la note.

(٣) Bull civi 1959. t (4). P. 731. No. 916.

الذى مارس العمل عدة سنوات فى الخارج. فى مشروع أو مجموعة شركات، ثم عاد إلى فرنسا، يمكنه أن يطالب بأقدميته فى المشروع، وهو يتوقف ليس فقط على قيام العامل بالعمل هذه المدة، ولكن على وجود شرط اتفاقى أو آخر، يعتد باحتساب مجموع أنشطته فى المشروع[١].

٢٨ - والخلاصة أن الحقوق الناشئة عن الاتفاق الجماعى تستمر مطبقة طبقا للقانون الفرنسى منذ الوقت الذى يعتبر فيه جزءا من المشروع دون أهمية معرفة مكان تنفيذ العمل إذ ينطبق الاتفاق الجماعى بشأن المسائل التى ينظمها فى الحدود التى يحكم فيها رب العمل سواء لأن هذا الأخير يرتبط به بصفة شخصية، وسواء لأن الاتفاق الجماعى الممتد يكون مطبقا بذاته[٢].

موانع تطبيق الاتفاق الجماعى فى الخارج:

٢٩ - ومع ذلك، فان تطبيق الاتفاق الجماعى فى الخارج مشروط بألا يتعارض مع نصوص النظام العام المحلى الأكثر صلاحية للعامل[٣].

كما أنه يصعب التخلص من قانون مكان العمل، عندما يحدد هذا القانون آثارا قانونية آمرة مثل تلك التى يرتبها الاتفاق الجماعى على عقود العمل الفردية[٤]. ويجب على الاتفاق الجماعى الدولى احترام قوانين الدول

---

(١) Gerard Lyon. Caen et Antoine Lyon Caen. Dr. soc. intern. et europeen. Sixieme edition 1985. P. 85. No. 69. Rodiere P. Op.Cit., No 26.

(٢) Rodiere P. Op.Cit., No. 26.

(٣) Rodiere. Op.Cit. No. 26.

(٤) Rodiere. Op.Cit., No.44.

الأجنبية الآمرة (٥) التى يمكن أن تلقى تنفيذا جماعيا فيها حتى لا يصطدم بالاختصاص المانع لكل دولة تملك وضع تنظيم فى اقليمها، وكذلك، فان قانون مكان التنفيذ لا يقبل الأثر الملزم للاتفاق الجماعى على عقود العمل الفردية متى كان هذا القانون يتطلب توقيع ممثلى النقابات على الاتفاق. وهو ما لم يتم مراعاته(١). اذ يكون الاتفاق الجماعى قد افتقد شروط صحته وبالتالى تجرد من أثره القانونى الذى يتطلبه قانون مكان التنفيذ.

كما يثور فى هذا الصدد بوجه عام مشاكل التكييف أو النظام العام(٢). وعلى سبيل المثال فان التشريع الاسبانى يكيف الاتفاق الجماعى فى صورة شكل قانونى يجب انكار تطبيقه فى فرنسا، أو كان هذا الاتفاق الجماعى يعتبر بمثابة تشريع أجنبى يصطدم بالنظام العام فى فرنسا.

وفى بعض النظم مثل النظام الانجلوسكسونى، يستطيع الأطراف فى عقد العمل الفردى استبعاد تطبيق الاتفاق الجماعى، وفى بلاد أخرى مثل سويسرا يجوز للأطراف النزول عن حقوقهم المضمونة بالاتفاق الجماعى بعد شهرين من نهاية الخدمة. وهنا يتوقف الحل على قانون مكان التنفيذ لمعرفة مدى امكان العامل ورب العمل استبعاد تطبيق الاتفاق الجماعى فى عقود عملهم الفردية، أو لمعرفة مدى امكان أى منهما النزول عن الحقوق المقررة له بموجب الاتفاق الجماعى(٣).

---

(٥) Gerard Lyon Caen. Conflits de lois, de juridictions et d'autorites dans le droit du travail J. Cl. Fasc. 573. No. 147. P. 26.

(١) Rodiere. Op.Cit., No. 44.

(٢) Gerard Lyon Caen La convention clunet. Op.Cit., P. 250 No. 8.

(٣) Istvan Szaszy International Labour Law 1968. P. 366.

٣٠- وهذه المبادئ أكدها القضاء الألماني في عصر Weimer في العديد من أحكامه.

وقد صدر أول حكم من محكمة صناعة Lubek في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦، ويتعلق باثنين من العاملين الفنيين أوفدا بمعرفة مؤسسة بناء ألمانية الى فروعها في تركيا، وقد ارتبط الأطراف باتفاقيه جماعيه ألمانية كانت تنص على الأخص على أجازات مدفوعة، وقبل الرحيل الى تركيا، أبرم العاملان مع المؤسسة الأم عقودا فردية تتلاءم مع الظروف ولكن دون النص على الأجازات المدفوعة، ومع ذلك، فان المحكمة سلمت العاملين بحقها في هذه الأجازات المدفوعة، استنادا الى أن العقود الفردية للعمل في الخارج لا تمس نصوص الاتفاقية الجماعية، فهذه الاتفاقية تبقى مدمجة[1] في علاقاتهم

وطبقا لأحكام القانون الفرنسي يبطل التزول عن الاستفادة من الاتفاق الجماعي خلال نفاذ علاقة العمل.
Depax Op.Cit., P. 344 No. 209.

(١) اذ يجوز للأطراف اختيار اتفاق جماعي لادماجه في عقد العمل الفردي بوصفه شرطا تعاقديا صحيحا a titre de stipulations contractuielles valables (Rodiere conflits de lois .... Op.Cit., No 45).

والأخذ بفكرة ادماج قواعد الاتفاق الجماعي في عقد العمل الفردي يستتبع القول ببقائها تنظم هذا العقد الأخير رغم الغاء الاتفاق الجماعي لأنها، أصبحت بنودا عقدية أسوة بسائر بنود عقد العمل الفردي الاتفاقية.

غير أن جانبا من الفقه يرفض فكرة الادماج ويرى أن العامل يستطيع المطالبة ببنود الاتفاق الجماعي حتى اللحظة التي يتوقف فيها الاتفاق المشار إليه عن انتاج آثاره. "La salairc pourrait a continuer a s'en reclamer au moment ou la convention a cesse de produire effet (Camzerlynck. dr. du travail. Doujieme edition 1984).

ومع ذلك أخذت محكمة النقض الفرنسية ضمنا بفكرة الادماج، فقضت في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٧٢ بأن "الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون حين طبق الاتفاق الجماعي الافريقي الغربي الفرنسي "(A.O.F) الذي يشير إليه عقد العمل وقت إبرامه دون الاعتداد بالظروف التي استجدت نتيجة للتغيير اللاحق لمكان العمل والتي تجعل الاتفاق غير منطبق وتجعل علاقة العمل بعيدة عن قواعده، ذلك

التعاقدية وأضافت المحكمة أن الخصوم كان يمكنهم بالنسبة لهذا العمل مخالفة الاتفاق الجماعى الذى تتجرد من قوته الملزمة خارج ألمانيا وهو ما لم يحدث فى الدعوى[١].

وقد اعتنقت محكمة عمل الريخ فى مناسبتين ذات الفكرة بشأن آثار اتفاق عمل جماعى فى مسألة دولية، وكان الأمر يتعلق فى الدعوى الأولى[٢]، بخبير كيمائى التحق بالعمل فى ألمانيا ثم فى سويسرا فى مصنع لنفس الشركة الألمانية، وكان عقد العمل الأصلى يحتوى على شرط عدم المنافسة، وعقب ابرام العقد ولكن قبل رحيل العامل الى الخارج أبرم اتفاق جماعى فى ألمانيا حرم مثل هذا الشرط، وقد توقف نشاط الفرع فى سويسرا بعد مضى بعض الوقت على ممارسة العامل نشاطه فى هذا الفرع، والتحق عندئذ بخدمات شركة سويسرية تنافس رب العمل القديم، وطلب من القضاء أن يثبت أنه لم يعد مرتبطا بشرط عدم المنافسة المدرج فى عقد عمله السابق، وصدر الحكم استئنافيا لصالحه للأسباب الآتية:-

---

أن هذا الاتفاق الجماعى الذى ارتبط به الأطراف انما كان بسبب تنفيذ عقد العمل فى مكان معين وقت ابرامه".

(Revu crit 1975. P. 360 et s note simon Depitre).

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد سايرت الحكم المطعون عليه واعتدت ضمنا بفكرة الادماج إلا أنها اعتبرت أن القوة الملزمة للاتفاق الجماعى المدمج فى عقد العمل قد زالت لأنها كانت مرتبطة بمكان تنفيذ معين وقت ابرامه، وقد تغير هذا المكان فى وقت لاحق.

(١) 15 Decembre 1926. Kronkeim Op.Cit., P. 121 - 122. No 100.

(٢) 20 Fevrier 1929 Kronheim Op.Cit., P. 122-123 No 100.

ان الاتفاق الجماعى الذى تم بعد ابرام العقد، وكان الأطراف فى هذا الوقت ما زالوا فى ألمانيا، وخاضعين له يقضى بعدم صحة هذا الشرط، وطبقا للارادة التعاقدية للأطراف، فان خدمات المدعى فى سويسرا لا تعتبر الا امتدادا لنشاطه السابق فى ألمانيا، وأن عقد العمل يستمر منذ ذلك الحين محكوما بالقانون الألمانى، وعندما انتقل تنفيذ العقد الى سويسرا، لم يعد الشرط المتنازع عليه يشكل جزءا من العقد الفردى، اذ كان قد أصبح عديم الأثر بمقتضى القوة الملزمة للاتفاق الجماعى، ومؤدى هذا أن القوة الالزامية للاتفاق الجماعى الألمانى – الخاص بتحريم شرط عدم المنافسة – امتدت عبر حدود الريح.

والحكم الآخر لذات المحكمة (١)، ويتعلق بالعاملين الألمان الذين يقيمون فى سويسرا، ويعملون فى محطة Badoise de bale، وهى المحطة الكائنة فى سويسرا، والتى تعتبر جزءا من سكك حديد الريخ، وكانت عقود عملهم خاضعة للقانون الألمانى وللاتفاق الجماعى المعمول بـه بالنسبة لكافة عاملى السكك الحديدية الألمانية، وقد طالب العمال بتعويض خاص مدرج فى الاتفاق الجماعى بالنسبة لساعات العمل الاضافية، وكانت المسألة القانونية الحاسمة تتمثل فى الآتى: اذا تم التمسك بالقانون السويسرى فى شأن المدة القانونية للعمل اليومى، فلا تعتبر هذه الساعات اضافية. أما اذا تم تطبيق الاتفاق الجماعى الألمانى فان الساعات المتنازع عليها تكون فى الواقع اضافية. ولهذا السبب فقد كانت المحكمة مضطرة الى تحليل العلاقات بين القانون الآمر المحلى والاتفاقات الجماعية الأجنبية.

---

(١) 25 Mai 1932 cite pari Kronheim Op.Cit., P.123-124 No. 100.

وقالت المحكمة أن أطراف العقد الفردى وأطراف الاتفاق الجماعى لهم الحرية فى تأكيد حماية للعاملين على نحو أكثر اتساعا.

"وفى الدعوى، فان الحظر القانونى لمنع العمل فى الفترة التى تزيد على الحد الأقصى المنصوص عليه فى القانون السويسرى على نحو أمر لا يقف مانعا من قيام العاملين من الاستناد الى نصوص الاتفاق الجماعى الألمانى الذى ينص على أجر أكثر فائدة بالنسبة لساعات العمل الاضافية.

التنازع بين الاتفاقات الجماعية:

٣١- يلزم لقيام التنازع الدولى فى هذا الصدد، أن تكون الاتفاقات الجماعية المتنازعة صادرة من نظم قانونية لأقاليم مختلفة، ودخلت نفس علاقة العمل فى مجال تطبيقها المكانى(١).

ويجب كذلك أن يتداخل النطاق الزمنى(٢) لتطبيق قواعد الاتفاقات المتنازعة، فاذا وجد اتفاقان، وكان أحدهما قد أنهى أو انتهت مدة سريانه. فلا يجد التنازع محلا.

ولا يتحقق التنازع، اذا تبين من الرجوع الى ارادة الأطراف أنهم قصدوا استبعاد أحد الأتفاقات الجماعية.

كما يجب أيضا أن يتداخل النطاق المهنى(٣) للاتفاقات الجماعية المتنازعة، فاذا كان الاتفاق الجماعى يتحدد مجال انطباقه بطائفة مهنية معينة،

(١) Gerard Lyon caen, La convention collective en dr int priv, clunet 1964, P. 251. No. 9.

(٢) Durant et Vitu. Traite de dr du travail t (111). P. 566.

فلا يحكم علاقات العمل الخاصة بطائفة مهنية أخرى، وعلى ذلك، فان الاتفاق الجماعى المبرم بمعرفة نقابة المستخدمين فقط، لا ينطبق على العمال فى هذا الخصوص.

٣٢- يمكن أن تعرض على سبيل المثال للتنازع بين الاتفاق الجماعى الألمانى.والاتفاق الجماعى الفرنسى للبنوك. وهذا التنازع يعزى الى تحقيق العناصر الأجنبية الناتجة من انتقال الأيدى العاملة. ومن قيام المشروعات بانشاء شركات وليدة، أو فروع لها فى الخارج.

ان طريقة تحليل شروط الاتفاقات الجماعية، تؤدى بالضرورة الى فكرة التجزئة، التى تحدث فى اطار تنازع القوانين.

فهناك شروط يبدو منها واضحا أنها اقليمية التطبيق، وهى تلك تنشئ نظما مهنية مثل مجالس التأديب. أو تحكم نظما قانونية، مثل انتخاب مندوبى العمال ولجان الفروع. ولهذا يقبل الطابع الاقليمى بالمعنى الدقيق للشروط التى تمس الأجازات. وأيام العطلات. ومواعيد العمل.

---

(٢) S[illegible]atier, Note sous arret de la cour de cassation chambre [illegible] du 27 Av. 1961.

وعلى العكس، هناك شروط ذات طابع شخصى مثل تلك التى تخص نظام معاشات المهن فى البنوك، وهذه تفترض اتفاقات لتنسيق الموضوع بين دولة وأخرى(١).

وتكون المسألة أكثر دقة عند اسناد الشروط المتعلقة بالأجر، ويتعين التمييز بين فرضين، النصوص ذات الهدف الموضوعى التى ترتبط بمتغيرات الحياة، وتندرج فى سياسة اقتصادية وطنية، فانها تنطبع بعامل قوى من الاقليمية. ويصدق نفس الوضع بالنسبة للنصوص التى تنظم تدرج الوظائف.

أما النصوص التي تنشئ مزايا. وتأخذ وصف ملحقات الأجر أو توابعه مثل تعويض الفصل، فانه يمكن أن تتبع العامل المستفيد منها، ليس فقط استنادا الى فكرة النظام الشخصى، بل أيضا نتيجة لفكرة الحقوق المكتسبة "La conservation des avantages acquis"، أو الأفضلية المعطاه للنصوص الأكثر صلاحية للعامل.

وتأسيسا على ماتقدم، فان المستخدم فى بنك ألمانى يعمل فى فرنسا، يكون محكوما فى حدود معينة، أى بصفة جزئية بالاتفاق الجماعى الفرنسى. وفى حدود أخرى بالاتفاق الجماعى الألمانى. وتطبيق نصوص كل من الاتفاقين بصفة جزئية، وبالقدر اللازم مسألة يستحيل تحديدها سلفا، ومن ثم، فان اقليمية الاتفاق الجماعى لا تعدو أن تكون وهما أو سرابا(١) على نحو ما سنرى(٢).

---

(١) G. Lyon. Caen. La convention collective en droit international prive. clunet 1964. P. 259. No. 24.

(٢) Gerard Lyon Caen. clunet. Op.Cit., P. 260. No. 24.

٣٣- واذا كان للمشروع أنشطة متعددة أو جديدة، كما لو كان يمارس فرعى نشاط مثل الكيمياء والصيدلة، فانه يجب فى اطار تنازع الاتفاقات الجماعية استخدام نفس منهج تنازع القوانين لتحديد الاتفاق الجماعى الواجب التطبيق (١). كما يستخدم ذات المنهج عندما يتداخل اتفاقان جماعيان للعمل، أحدهما له نطاق عام، والآخر أكثر تحديدا بحيث لا يمكن وضع حد فاصل بينهما(٢).

التنازع بين اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية:

٣٤- على غرار القانون الداخلى، فان الفقة يرى تغليب شروط عقد العمل الفردى الأكثر صلاحية للعامل(٣).

---

(٣) ما يلى رقم (٣٣).

(١) Gerard Lyon Caen. clunet. Op.Cit., P. 249. No. 5.

(٢) Gerard Lyon Caen. clunet. Op.Cit., P. 249. No. 5.

وفى هذا الفرض الأخير، فان التنازع الداخلى بين اتفاقات العمل الجماعية الذى يحدث فى اطار اقليمى محدد، يتم حله بالاعتداد بالاتفاق الجماعى الأكثر اتساعا من حيث نطاق التطبيق، إذ ينضم الى الاتفاقات التى تكون أقل نطاقا من حيث مداها.

وهذا المبدأ يؤدى الى وحدة النظام القانونى الذى يحكم العمال فى نفس المهنة فى نطاق اقليمى متسع الى أقصى حد ممكن.

Durand et Vitu ... Traite Op.Cit. t (111). P. 268. No. 201.

(٣) Gerard Lyon. Caen. La convention collective du travail en dr. int. priv. clunet 1964. P. 259. No. 23.

ومبدأ مخالفة الاتفاق الجماعى بما هو أصلح يعتبر فى القانون الفرنسى من النظام العام، وفى القانون الألمانى يرقى هذا المبدأ الى مرتبة الدستور(٤). ونص عليه المشرع المصرى فى قانون العمل.

ولهذا يجب تطبيق شروط عقد العمل الخاضع لقانون مختلف عن القانون الذى يحكم الاتفاق الجماعى فى الحدود التى يكون فيها هذه الشروط أفضل أو أكثر صلاحية من تلك المنصوص عليها فى الاتفاق الجماعى (١).

اذ ينطبق فى هذا الصدد، المبدأ المقرر فى القانون الداخلى، على التنازع الدولى بين اتفاق العمل الجماعى وعلاقة العمل الفردية، ومؤداه "أن القاعدة التى يتضمنها الاتفاق الجماعى تعتبر آمرة بالنسبة للشرط الذى يحتويه عقد العمل الفردى الأقل صلاحية للعامل، ويعتبر قاعدة مكملة بالنسبة للشرط الذى يحتويه عقد العمل الأكثر صلاحية للعامل(٢).

واذا كان الاتفاق الجماعى له أثره الفورى من حيث تطبيقه على علاقة العمل الفردية، فان هذا التطبيق لا يمس حق العامل فيما اكتسبه من ميزات أفضل بموجب عقد العمل الفردى قبل نفاذ الاتفاق الجماعى وذلك بهدف تفادى الاضطراب فى مركز العامل نتيجة لسريان الاتفاق الجماعى.

---

(٤) Nikitas Aliperantis. La place de la convention collective dans hierachie des normes. 1980. P. 285, 286.

(١) Yangus Messia Annuaire de l'inst. Dr. int. 1936.

ومشار إليه فى تقرير المؤتمر الدولى الثانى باللغة الانجليزية ص ١٠٥، ١٠٦.

(٢) Durand. Traite de dr du travail t (111) avec la collaboration de Vitu No. 208. t (1) P. 367 et s.

التنازع بين اتفاق العمل الجماعى وقانون اجتماعى أجنبى:

٣٥- متى كان الاتفاق الجماعى يعد بمثابة قانون مهنى، فقد يثور التنازع بينه وبين قانون مهنى آخر أجنبى. عندما يدعى كل منهما الاختصاص بحكم علاقة العمل فى هذا الصدد.

فلا يجوز للاتفاق الجماعى مخالفة القواعد الآمرة التى يتضمنها القانون المحلى انقاصا لحقوق العامل، ولكن تجوز المخالفة متى كانت أكثر فائدة للعامل[(١)]، وسواء فى مسائل الأجور أوالتعويضات لتعلق قواعد العمل بالنظام العام الأصلح للعامل الذى يعتبر صورة من صور النظام العام الاجتماعى. "ordre public social" اذ من الأصول الفنية هو التفسير الأصلح للعامل، "interpretion Favorable au salarie". فى حالة التنازع بين عدة مصادر قانونية [(٢)]. ويعد من أهم المبادئ التى يقوم عليها قانون العمل.

وعلى ذلك، فان العامل المغترب بناء على طلب رب العامل، لا يمكن ان يتغير مركزه بسبب تطبيق نظام قانونى أجنبى، على حقوقه والتزاماته، ففى مسائل الأجور والتعويضات المختلفة ينبغى تغليب الاتفاق الجماعى الفرنسى على النظام القانونى فى كل مرة يكون فيها هذا الاتفاق أكثر صلاحية للعامل الأجنبى اللهم الا اذا كان النظام الأجنبى أكثر صلاحية للعامل بسبب

---

(١) Gerard Lyon Caen clunet Op.Cit., 1964. P. 259. No. 23.

(٢) Gerard Lyon Caen clunet Op.Cit., P. 255. No. 18.

الاغتراب (٣) . وهذا كله مرهون بمسائل الأيفاد فلا محل له عند التوطن النهائى فى الخارج(٤).

(٣) Gerard Lyon Caen. clunet Op.Cit., P. 255 No. 17, 18 detachement.

إذ يتم الاحتفاظ عن طريق صندوق خاص متفرع من الصندوق الأم (بطريق التوزيع أو القسم) لهؤلاء المغتربين الفرنسيين الذين يعملون فى مشروعات خارج فرنسا، بحقوقهم، وعلى الأخص حقهم فى المعاش.

(٤) Gerard Lyon Caen clunet. Op.Cit., P. 265 No 18.

خاتمـة

٣٦- أن الاقليمية البحته ليست بالضرورة خاصية مرتبطة بجوهر كل اتفاق جماعى، فاذا كان الاتفاق الجماعى يعتبر اتفاقا لائحيا منظما للمهنة، فانه يعد بمثابة تشريع للعمل يرتبط بـالاقليم. أما اذا كـان الاتفـاق الجمـاعى يتعلق على سبيل المثال بالادخار أوالمعاش، بحيث ينشئ حقوقا فردية، فان مضمونـه الخاص لا يميل اطلاقا نحو الاقليمية، ولكنه يتجـه نحـو فكـرة امتـداد [١] عـبر الحدود. ذلك أن البحث يؤدى الى التباين بين نموذجين من الاتفاقات الجماعية، بل وربما كما هو الحال بالنسبة للاتفاق الجماعى للبنوك [٢] يتحقق التباين بيـن نموذجين من الشروط داخل اتفاق جماعى واحد. فبعـض هـذه الشـروط يكـون اقليميا وبعضها يكون ممتدا [٣].

وكمـا سـلف البيـان [٤] فـان اقليميـة الاتفـاق الجمـاعى لا تتعـارض مـع استمرار تطبيقه علـى العـاملين الموفديـن مؤقتـا خـارج فرنسـا، أو حتـى علـى العاملين الدائمين فى الخارج متى كان عقد العمل قد أبرم فى فرنسا[٥].

ولهذا استقر الفقه السائد فى ايطاليا الذى أيده، .Freyria علـى أن مبـدأ اقليمية الاتفاق الجماعى يجب استبعاده على أساس أنه لا يوجد أية عقبات فـى تطبيق الاتفاق الجماعى الأجنبى فى دولة القاضى، أو تطبيق الاتفاق الجمـاعى

---

(١) ما سبق رقم ٢٣، ٢٤.

(٢) ما سبق رقم ٢٩.

(٣) ما سبق رقم ٢٢.

(٤) ما سبق رقم ١٨.

(٥) G. Lyon Caen. clunet .. Op.Cit., P. 258. No. 22.

الوطنى فى الخارج بمعرفة القاضى الأجنبى [١]، الا اذا وجد مانع من موانع تطبيق الاتفاق الجماعى فى الخارج [٢].

ان المساس باقليمية الاتفاق الجماعى يمكن أن يتسع إلى أبعد من ذلك مدى، إذ يستطيع أى مشروع أجنبى. أن يطلب الاستفادة من اتفاق جماعى فرنسى، وذلك على سبيل المثال للانضمام الى نظام المعاشات المقرر للعمال الفرنسيين. ونتيجة لذلك يتم تطبيق الاتفاق الجماعى الفرنسى فى الاقليم الأجنبى. ويقدم طلب الانضمام إلى اتفاق العمل الجماعى الفرنسى من الشركة الأجنبية الى الشركة الفرنسية – التى تدخل فى نطاق الاتفاق – كى يقع على عاتقها ضمان تنفيذ الاتفاق[٣].

---

(١) G. Lyon Caen et Lamet Op. Cit., P. 260. No. 24.
Salz, International Labour Law 1968. P. 264.

(٢) ما سبق رقم ٢٩.

(٣) Gerard Lyon Caen et Lamet Op. Cit., P. 256.

REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR
LA FACULTE DE DROIT
UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

